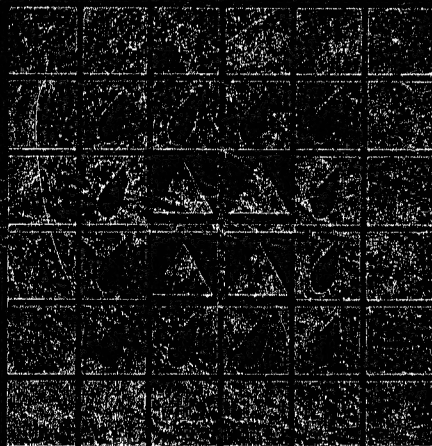
الحماية الدستورية للحقوق والحريات

- الشرعية الدستورية للحقوق والحريات.
- الرقابة على دستورية القوانين.
- الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في قانون العقوبات.
- الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في قانون الإجراءات الجنائية.



د. أحمد فتحي سرور

الحماية الدستورية للحقوق والحريات

الحماية الدستورية للحقوق والحريات

الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ ـ ١٩٩٩ م
الطبعة الثانية ١٤٢٠ هـ ـ ٢٠٠٠م
مزيدة ومنقحة

© دارالشروق

القاهرة: ٨ شارع سيبويه المصري
ـ رابعة العدوية ـ مدينة نصر
ص . ب : ٣٣ البانوراما
تليفـون : ٤٠٢٣٣٩٩
فـاكس: ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
بيروت: ص . ب : ٨٠٦٤
هـاتـف : ٣١٥٨٥٩ـ٨١٧٢١٣
فـاكس : ٨١٧٧٦٥ (٩٦١)

الدكتور أحمد فتحي سرور

الحماية الدستورية للحقوق والحريات

- الشرعية الدستورية للحقوق والحريات.
- الرقابة على دستورية القوانين.
- الضمانات الدستورية للحقوق والحريات فى قانون العقوبات.
- الضمانات الدستورية للحقوق والحريات فى قانون الإجراءات الجنائية.

٢٠٠٠

دار الشروق

مقدمـــــة

١ـ موضوع الدراسة

نصت المادة ٦٤ من الـدستـور المصرى (١٩٧١) على أن «سيـادة القـانـون أسـاس الحكم فى الدولـة» . وأكدت المادة ٦٥ من الدستور هـذا المعنى فى نصها على أن تخضع الدولة للقانـون . وأوردت وثيقة إعلان الدستور أن سيادة القانـون ليست ضمانا مطلوبا لحرية الفرد فحسب ، لكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة فى نفس الوقت .

وواقع الأمر، أن سيادة القانون تستمد من سيادة الدستور، فهو الذى يضع الأسس التى يقوم عليها القـانون فى كل فروعه ؛ فيسمو عليها بحكم مكـانته ، وتخضع له جميع قواعـده القانونيـة بحكم وحدة النظام القـانونى الذى يعلـوه الدستور. وبهذه العـلاقة العضوية بين الدستور والقانون، تتدرج القواعد القانونية من حيث المرتبة ؛ فيتخذ منها الدستور وضعه الأسمى . إلا أن هذا الـوضع المتميز للدستور لا ينفى أن المبادئ والقيم التى يحميها ، لها جـذورها التى تسبق وجـوده والتى تتفاعل فى ضمير الأمـة ، بل والتى تسـود فى ضمير الشعوب . كما أن هـذه المبـادئ والقيم قد تكـون نتـاجا لتفـاعل القيم الاجتماعية ، وانعكاسا لثقافة الإيمان بالحقوق والحريات ، مما يجعلها أحد المصادر المشعة التى يأخـذ بها الدستـور لكى يحافظ عليهـا ويشملها بـالحماية والاحترام بحكم وضعـه الأسمى فى النظام القانونى .

إلا أن ذلك لا يعنى أن الـدستور حين تـوضع نصـوصـه سوف يغطى مسبقـا جميع المبادئ التى تحكم التطور السياسى والاجتماعى والاقتصادى ، ذلك أنه لا يمكن التنبؤ بها سلفا . فما الذى يضمن استمرار فاعلية القواعـد الدستورية وحيويتها فى التأثير على سائر فروع القانون؟ ! ، وهل تعتبر الوثيقة الدستورية انعكاسا للحاضر وتسجيلا لتطور نهائى فى الحيـاة السياسيـة والاقتصـاديـة والاجتماعية؟ ! ، وهل هى مجرد تـوثيق لمرحلـة تـاريخية؟ ! ومـا الذى يعطى للـدستـور فاعليتـه فلا يتحـول إلى مجرد بـرنامج سيـاسى لسلطات الدولة؟

إن الدستـور يكفل حمايـة الحقوق والحريات ويحفـظ كيانها فى هيئـة كتلة دستـورية تعالج أكثر من مجرد تنظيم سير سلطات الدولـة وعلاقتها ببعضها . ومن خلال الكتلة الدستورية للحقوق والحريات يمارس الدستـور تأثيره الفعال على سائر فروع القانون فلا يجوز لها أن تحيـد عن مضمون الحقـوق والحريات التـى حددهـا الدستـور، أو تطمس معـالمها أو تقلـل من فاعليتهـا أو تعـوق حـركتها ؛ بل يجب عليهـا أن تكفلهـا وتنظم ممارستها فتضع حدودها وتوفـر جميع الضمانات لاحترامها . ومن هنا، كان التأثير البالغ للكتلة الدستورية للحقوق والحريات فى تـوحيد النظام القانونى . وفى هذا المجال تنشأ الحاجة إلى التـوازن بين الحقوق والحريات فيما بينهما من جهـة ومع المصلحة العـامة من جهة أخرى . فهذا التوازن يحقق التلاحم والتجانس بين الحقوق والحريات، والواجبات العـامة، تأكيـدًا لمعنى بالغ الأهميـة هو تكـامل الحقوق والحريـات وعدم تنـافرهـا مع المصلحة العامة حرصا على تمتع الجميع بمضمونها وتمكينا للدولة من فرض حمايتها لها .

ولما كـانت سيـادة القـانـون هى أسـاس الحكم فى الـدولـة ؛ فإنـه يتعين وضع كل المقومات التى تكفل وحدة النظـام القانونى، بل وتطوره حتى يعبر عن ضمير المجتمع واحتياجاته وقيمه فى نظرة تقدميـة تعكس آمال الشعب وتكفل استمرار حركته ونموه . ولما كانت الحقـوق والحريات فى النظام القـانونى تأخذ مـوقع الصدارة، بل تعتبر محورا لكل نشاط قانونى، باعتبار أن وظيفة القـانون على اختلاف فروعه فى نهاية الأمر هى فى ضمان إشباع حقوق الأفـراد وحرياتهم وفى تنظيم العلاقـة بين الحقوق فى توازن وتجانس كاملين، وكانت من أهـم وظـائف الدستور وأهدافه هى حمايـة الحقوق والحريات ؛ فإن الكتلة الـدستوريـة التى تتضمن هذه الحقوق والحريـات تشع بتأثيرها على سـائر فروع القانون فيباشر المشرع سلطته داخل الإطار الـذى يرسمه الدستور لهذه الحقوق . فكيف يمكن التعبير عن الحماية الدستورية للحقـوق والحريات حتى تدوى المعانى التى تقف وراء هـذا التعبير داخل الممارسات ؛ التشريعيـة والقضـائية والتنفيـذيـة؟ وكيف يمكن ضمان هذه الحمايـة من خلال دستور تتطور معـانيه وتنطلق إلى الآفاق الرحبـة، فتتقدم دون أن يشدها إلى الوراء واقع تاريخى عاصر وضع نصوصه؟

لاشك أن نطـاق تأثير الحمايـة الـدستوريـة للحقـوق والحريـات على المشرع تتحقق بصورة تختلف بقدر اختلاف فروع القانـون . ويتعين لفاعلية سيادة الدستور أن نتحقق من تطبيق القواعد الـدستورية على سائر القواعـد القانونية الأقل مرتبـة . فما مدى تأثر

القانون الإدارى، والقانون المالى والضريبى، والقانون الاجتماعى، وقانون العقوبات، وقانون الإجراءات الجنائية، وغير ذلك من فروع القانون بهذه الحماية الدستورية؟ إن هناك وحدة بين وجود دعائم دستورية للقانون بجميع فروعه، وبين جعل القانون دستوريا "constitutionalisation". فالقانون لا يكون دستوريا إلا إذا بنى على دعائمه التى حددها الدستور [1]. وإذا كانت الحماية الدستورية للحقوق والحريات تمثل أهم الدعائم الدستورية للقانون بجميع فروعه حين ينظم العلاقة بين أفراد المجتمع ويوازن بين هذه الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة؛ فإن تحديد الحماية الدستورية للحقوق والحريات يمثل مشكلة حاكمة فى جميع فروع القانون. ولما كانت الرقابة على دستورية القوانين هى الضمان لقيام القانون على أسس دستورية، فإنه يكون واضحا مدى التلازم بين حقيقتين؛ أولاهما: أن تحديد الحماية الدستورية للحقوق والحريات مشكلة حاكمة فى جميع فروع القانون. وثانيتهما: أن الرقابة على دستورية القوانين هى ضمان أكيد لهذه الحماية، بل هى ركن ركين فى الدولة القانونية. ومن خلال هذه الرقابة يمكن ضمان تطور مفاهيم القانون رغم ثبات الدستور وعدم تعديله، وذلك بالنظر إلى أن القضاء الدستورى ــ كما سنبين فيما بعد ـ يعمد إلى تفسير الدستور لإشباع الحاجات المتطورة للمجتمع وعدم الوقوف عند المراد بنصوصه عند وضعها [2].

وعلى الرغم من أن الحماية الدستورية للحقوق والحريات تطل على جميع فروع القانون؛ إلا أن القانون الجنائى من أكثر فروع القانون تأثرا بمبادئ هذه الحماية. فهذا القانون يضع الجرائم والعقوبات بما تحمله من سطوة الأمر والنهى والإيلام بالعقاب، ويضع الإجراءات الجنائية التى من شأنها المساس بالحريات. ولابد من وضع الأسس الدستورية لهذا القانون كنموذج للتشريعات التى يجب أن تتطابق مع الأسس التى يحددها الدستور.

ساهمت كل هذه التساؤلات بما تحمله من أفكار فى صياغة أبعاد موضوع البحث فى هذا الكتاب.

---

(١) لا شك أن العناية بربط القانون بالدستور تفرض واجبات جديدة على العلم الدستورى من حيث تعميق مفاهيم القيم والمعطيات الدستورية التى تعالجها سائر فروع القانون. وعلى هذا النحو يمكن لرجال القانون الدستوري إيضاح معالم هذا القانون فى منهج يعين سائر القوانين، وعدم الاقتصار على بحث ما يتعلق بتنظيم الدولة وأعمال سلطاتها، بل على العكس من ذلك تقديم الدعم لكافة المجالات ضمانا لوحدة النظام القانونى.

(٢) انظر فيما بعد بند ٤٥.

٢ـ تطور المشكلة فى مصر

وقد تطـورت المشكلة فى مصر تطورا بالغـا . فقد كانت الشريعة الإسـلامية تطبق فى مصر منذ الفتح الإسـلامى (سنة ١٨ هـ ـ ٦٤٠ م) . وكــان القضاة فى مصر متعددى المذاهب ، وكل قـاض يحكم وفقا لأحكـام مـذهبه ، ممـا أدى إلى الفوضى فى الأحكـام والمعاملات . وظل تعدد مـذاهب القضاة فى مصر إلى أن تخصص القضاء بمذهب أبى حنيفة فى عهد محمـد على باشا . واتسم النظام القضائى بحالـة من التأخر بسبب عدم دراية القضاة بالقوانين ، وعدم مراعاة العدالة ، وعدم توفير ضمانات للحقوق ، وانتشار الفساد . وبـدأ التنظيم التشريعى والقضائى فى مصر منـذ سنة ١٨٧٥ بإنشـاء المحاكم المختلطـة ووضع القوانين التـى تم تطبيقها . وكـان هـذا التنظيم مـدخلا للتشريعـات الأجنبية فى مصر، أدى إلى التأثير فى التشريعات المصريـة . وتجلى ذلك بشكل خاص فى القانون المدنى الصادر عام ١٨٨٣ نقلا عن القانون المدنى الفرنسى ، وقانون العقوبات الأهلى عام ١٨٨٣ نقلا عن قـانون العقوبات الفـرنسى . إلا أن القضاء المصرى فى كلا القانونين استطاع أن يثبت شخصيته وذاتيته ، فقام بـدور رفيع فى تطوير أحكام القانون فى مختلف الموضـوعات أدى إلى خصيلـة بالغـة الأهميـة ، استطاع بها المشرع فى مـراحل لاحقة أن يستفيد منها فى وضع النصوص التشريعية .

ولم يكن للحقوق والحريات تنظيم شامل كامل ، إلى أن جاء دستور ١٩٢٣ فتضمن بابا مستقلا لهذه الحقوق والحريات ، فكـان بذلك أول دستور مصرى يولى هذا الموضوع أهميته وعنايته .

وبمنـاسبة إلغـاء الامتيازات الأجنبيـة اعتبارًا من ١٥ أكتـوبر سنـة ١٩٣٧ استردت مصر سلطتها التشريعية كـاملة ، لذلك رؤى وضع قانون جديـد للعقوبات ليطبق على المواطنين والأجانب سـواء بسواء ، فصدر قانـون العقوبات الحالى وهو القـانون رقم ٥٨ لسنـة ١٩٣٧ المعمـول به من ١٥ أكتـوبـر سنـة ١٩٣٧ كما رؤى وضع قـانون جـديـد للإجـراءات الجنائية ، فصدر القـانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ ورؤى وضع قانـون مدنى جـديد ، فصـدر القـانون المدنى الجديـد سنـة ١٩٤٨ على أن يعمل به ابتـداء من ١٥ أكتـوبر سنـة ١٩٤٩ ، أى من اليـوم الـذى توحـد فيـه القضـاء المصرى بزوال النظـام المختلط .

و إعلاء لسيادة القـانون وعملا على توحيـد كلمته فى مجال التطبيق القضائى أنشئت محكمة النقض فى ٣ مايـو سنة ١٩٣١ بعد أن كانت وظيفتها من قبل تباشرها المحاكم الاستئنافيـة بهيئـة جمعيـة عمـومية، مقصـورة على المسـائل الجنـائيـة، ثم أسنـد هـذا الاختصاص إلى محكمة استئناف مصر لتنظر الطعن بـالنقض بهيئة محكمة نقض و إبرام فى مواد الجنايـات . وعملت محكمة النقض على توحيد تأويل وتطبيق مبـادئ القانون، وكان لاجتهادها أثر فعال فى احترام الحقوق و الحريـات وتوجيه المشرع نحو إجراء عديد من التعديلات فى القوانين .

ولما كان دستور ١٩٢٣ حين بين حقوق المصريين وحريـاتهم، قد ترك للقانون وضع الضوابط التى تمارس فى إطارها هذه الحقوق والحريات، فقد لوحظ أن الإدارة فى أعمالها كثيرا ما تهدر هـذه الحريات بقرارات إدارية صـادرة عنها . ومع إنشاء مجلس الـدولة فى عـام ١٩٤٦، منح حق الرقـابة على أعمال الإدارة إلغـاء وتعـويضا . وكـان إنشاء هـذا المجلس نقطـة تحول خطيرة فى احترام الحقوق والحريـات، لأنه كـان إيذانـا بأن تتخلى السلطة التنفيذية عن مواقف التحكم والبطش بحقـوق المواطنين، لأن الرقابة القضائية على أعمالها سـوف تكفل إلغـاء قـراراتها . وسنحت الفـرصـة لهذا المجلس فى أن يـرسى العديد من المبادئ التى تكفل حماية الحقوق والحريات ووضع معايير دقيقة للتوازن بينها وبين المصلحة العامة .

وإذ جـاءت ثورة ٢٣ يـولية سنـة ١٩٥٢ وألغت دستور سنـة ١٩٢٣ عرفت البـلاد عددا من إعـلانات الدساتير المؤقتة . ولقـد اختار الدستور المصرى المعلـن فى ١٦ يناير سنة ١٩٥٦ ودستور مارس سنة ١٩٦٤ للجمهورية العربية المتحدة تسمية جديدة هى «الحقوق والواجبـات العامة» إيماء إلى ما تتضمنـه هذه الحقوق من التزامـات على عاتق الدولة تجاه الأفـراد ومن واجبات على الأفراد تجاه المجتمع . وجـاء دستور سنة ١٩٧١، ونص فى بابه الثـالث على الحريات والحقوق والواجبات العامـة، ولكنه فى ذات الوقت حدد فى البـاب الثانى الـذى يحمل عنوان (المقـومات الأسـاسية للمجتمع) عـددًا من الحقوق الاجتماعيـة والاقتصادية . كما نص فى ذات الـوقت فى الباب الـرابع على سيادة القانـون متضمنا عددا آخر من الحقـوق والحريات . وهكذا نجد أن دستـور ١٩٧١ قد خصص للحقوق والحريـات ثلاثة أبـواب هى الثانى والثـالث والرابع من أبوابـه الستة التى صدر عليها سنة ١٩٧١ قبل تعديله سنة ١٩٨٠، مما يعنى أن نصف عدد أبواب

الـدستور قبل تعـديله قـد خصصت لحماية الحقـوق والحريات. وبقـدر إعطاء هـذه الأهمية الدستـورية للحقوق والحريات، كان لابـد للدستور أن يوفر ضمانـا لحماية هذه الأهمية، فكفل فى الفصل الخامس من الباب الخامس تحت عنوان المحكمـة الدستورية العليا الـرقابـة القضائيـة على دستوريـة القوانين واللـوائح. إلا أنه لابـد أن نسجل أن القضـاء العادى قبل دستـور سنة ١٩٧١ كـان من تلقاء نفسـه قد استشعـر الحرج من تطبيق تشريعـات مخالفة للـدستور؛ فـاستقـر قضاؤه على الامتنـاع عن تطبيق القانـون المخالف للدستـور. ولكن رقابة الامتناع هذه لم تكن كـافية لتطوير المبادئ الـدستورية وتأكيدها، فحرص المشرع على هذا المعنى بإصـدار القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء المحكمة العليا وخصها بـالرقابة على دستورية القـوانين. ولم يكن لهذه المحكمة أساس دستورى، فهى من خلق المشرع وحده رغم أن أحكامها تمس العلاقة بين السلطات مما يجب أن ينظمه الدستـور فلم يكن كيانها يتمتع بالقيمة الدستوريـة؛ إلى أن جاء دستور ١٩٧١ فأضفى عليها هـذه القيمة الدستوريـة بالنص فى المادة ١٩٢ من هذا الـدستور على أن تمارس المحكمة العليا اختصـاصاتها المبينة فى القانون الصـادر بإنشائها، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمـة الدستـوريـة العليا. وجـاء المشرع فـامتثل لحكم الدستـور وأصدر قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

وهنا تكتمل حلقات تطور المشكلة فى مصر؛ فمن خلال قضاء دستورى متخصص يكفل الرقابة على الدستورية تكون الحقوق والحريات فى وضع أكثر أمنا. وبهذا القضاء الدستـورى يمكن ضبط القواعـد الدستوريـة بما يكفل تطوير معـانيها ومـراميها لكى تسايـر التطور بل تقـوده، فيتعاظم دور القضـاء الدستـورى فلا يقف عنـد مجرد توثيق النصوص الدستورية، بل يتولى تفسيرها بما يمدها بروح الحياة المتجددة المتطورة. وعلى هذا النحو، أمكن للدستور من خلال إنشاء المحكمة الدستورية العليا أن يحمى نفسه بنفسـه فيكفل ضمانات حمايتـه واستمراره. فمن خـلال هـذا القضاء تأخـذ القاعـدة الدستوريـة معناها اليقينى الذى يتفق مع مقـاصد الدستور ومـراميه المتطورة، ويحافظ على الأمن القـانـونى ويرعى النظـام الـدستـورى بأسره. وقد لـوحظ بحق أن القضـاء الدستـورى كان لـه فضل كبير فى تطوير القـانون الـدستورى، وتجديـد وتفعيل مبادئ القانون الـدولى لحقوق الإنسان. ومن خلال هذا القضاء تكشفت أدق معـانى القانون الدستورى، فوجدت من يحرك نصوصـه ويكفل فاعليتها حتى لا تقف عند التقرير أو

الإرشـاد أو التوصيـة. ومن خلال الـرقابـة على دستوريـة القوانين أمكن اقتحـام جميع قطاعات القانون وتطوير كثير من مبادئه لكى تتمشى مع الأسس الدستورية؛ فيقوى بنيان النظام القـانونى بأسره وتتأكد وحدته. وعلى هذا الأسـاس أمكن لدستور ١٩٧١ من خلال المحكمة الدستورية العليا أن يحرس عالمنا السياسى والاجتماعى والاقتصادى فيحـول دون تجمـده أو انتشـار الفوضى بـداخلـه، وأن يحرس الحقـوق والحريـات بل ويطورهـا ويجددها من بين ثنـايا مـواد الدسـتور، وأن يجعل من احترام الدسـتور واجبًا مقدسا يقع على عاتق كل من سلطات الدولة سواء بسواء.

٣ـ إطار الدراسة

استظهرنا فيما تقـدم أن موضوع الحماية الـدستورية للحقوق والحريـات يمس مجموع فروع القـانون. فهذه الحقوق والحريـات وإن ارتكزت على إعلانات حقـوق الإنسان أو دعمت بها من الناحيـة الفلسفية أو التاريخيـة؛ فإنه لا جدوى من البحث حـول ما إذا كانت هذه الحقـوق طبيعية أم من خلق المشرع الدستورى؛ لأنه أيًـا كانت طبيعتها فإن قيمتها القانونية ترتكز على إرادة المشرع الدستورى. فإذا كانت هذه الحقوق موجودة من قبل، فإن إدراكهـا كان من خـلال العقل، لا من خـلال إرادة المشرع الدسـتورى التى تعبر عن اختياره السياسى لا عن مجرد الإفصاح عن مكنون العقل.

وإذا كـان القـانون بحكم كـونـه وليـد المجتمع يتطـور وينمو بتطـوره ونمـوه؛ فإن خضوعه للدعـائم الدستورية التى حددت الحقوق والحريـات لا يقف حائلا دون هذا التطـور والنمو؛ لأن تلـك الحقوق والحريـات لا تقف جامـدة فى وجه التطـور، بل تتطـور مجالاتها وتتغير بذلك أبعـاد العلاقـة بين أطـرافها سـواء تمثلت فى الدولـة أو فى الأفراد.

وقـد سـادت عبارة (الحقـوق والحريـات العـامة) كتـب الفقه الـدسـتورى وأصبح استعمالها شـائعا فى بعض الـدساتير، إشـارة إلى أن هذه الحقـوق والحريات وقـد أقرهـا الـدستور أو القـانون، يتمتع بها جميع الأفـراد فى مـواجهة السلطـة. وفى إطار الحقـوق والحريات ظهرت الحقوق الأساسية إشـارة إلى حقوق الإنسان التى إذا ما تمتعت بالحماية الدستورية أصبحت حقـوقا أساسية "Droits fondamentaux" بحكم الدستور لا بحكم القانون الطبيعى. وقد استخـدمت بعض الدساتير صراحة هـذا الاصطلاح،

وبوجه خاص الدستور الألمانى (١٩٤٩). ومع ذلك فيلاحظ أن فرنسا صاحبة إعلان حقوق الإنسان والمواطن، لم تلجأ صراحة إلى هذا التعبير فخلا دستورها من هذه التسمية، وإن كان الفقه الفرنسى قد عرفها واستخدمها. كما عرفتها كذلك بعض التشريعات الداخلية والوثائق الدولية . إلا أن هذه التسمية لم تقف قيدا على تحديد مجال دراستنا، لأن إرادة المشرع الدستورى هى التى تحدد الحقوق والحريات التى تنال حماية الدستور. ويكفل القضاء الدستورى استخلاص إرادة المشرع الدستورى فى المزيد من الحقوق والحريات من وراء بعض النصوص الدستورية، فى ضوء اعتبارات التطور والتقدم. ولا يوجد أدنى نوع من التدرج فى إطار الدستور بين ما يطلق عليه اسم الحقوق الأساسية وغيرها من الحقوق، فكلها من واد واحد هو إرادة المشرع الدستورى. ويلتزم المشرع العادى بضمان جميع الحقوق والحريات سواء ما أطلق عليها أساسية أو غيرها، فكلها حقوق وحريات ذات قيمة دستورية.

من هذا المنطلق يتحدد موضوع الدراسة، تأسيسا على أن الدولة القانونية التى تعلو فيها سيادة القانون بحكم ديمقراطية نظام الحكم لابد أن تعطى للحقوق والحريات كل حماية دستورية حتى يستظل بها المشرع العادى فى سائر فروع القانون. ويتطلب الأمر إلقاء الضوء على كافة الأبعاد التى تحيط بهذا الالتزام الدستورى سواء من حيث تحديد معنى الديمقراطية أو مفهوم سيادة القانون، أو تحديد مفهوم حقوق الإنسان كمصدر فلسفى للحقوق والحريات وما طرأ عليه من تطور ظهر فى أجيال متعاقبة. ولا يقتصر الأمر عند هذا البحث، لأن الحماية الدستورية للحقوق والحريات ليست مجرد حماية أيديولوجية أو فلسفية، وإنما هى حماية قانونية فى أسمى صورها يتقيد بها المشرع فى جميع فروع القانون. ويتطلب تحديد أبعاد هذا التقيد إيضاح التوازن بين الحقوق والحريات سواء فيما بينها أو بين المصلحة العامة. فبدون هذا التوازن يفقد الدستور وحدته وتكامل قواعده، فتتحول الحماية الدستورية إلى غطاء شكلى للصراع بين الحقوق والحريات من ناحية، وبينها وبين المصلحة العامة من ناحية أخرى؛ الأمر الذى يجرد الحماية من معناها ويؤدى إلى أن تفقد الحقوق والحريات محتواها.

وإيمانا بأن الحماية الدستورية للحقوق والحريات لا تقف عند حد النص عليها فى الدستور، وإنما تتعداه بكفالة رقابة دستورية تضمن التزام المشرع بهذه النصوص وتكفل إيضاح القواعد الدستورية وتجديدها وتطويرها والمحافظة على الأمن القانونى؛ كان

لابد من التصدى لهذه الرقابة بالبحث والتأصيل فى دراسة شاملة واعية، إيمانا بدورها النفاذ فى احترام الدستور وضمان استمرار حيويته . ومن خلال هذه الدراسة عرضنا لمختلف أشكال الرقابة الدستورية وسلطة القضاء الدستورى ومدى حجية أحكامه . وبيّنا كيف أنه من خلال الرقابة الدستورية أمكن تحقيق أمرين : الأول هو خضوع القانون للدستور، والثانى هو خضوع الحياة السياسية متمثلة فى أعمال السلطتين التشريعية والتنفيذية لرقابة القضاء، بل وأعمال السلطة القضائية فى حدود معينة وفقا لبعض أشكال الرقابة الدستورية .

وفى ضوء ذلك كله تصدينا لدراسة الدعائم الدستورية لقانون يلعب دورًا مهمًا فى حياة الأفراد، ذلك هو القانون الجنائى بفرعيه؛ قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية . نعم، كان لتخصصنا الدقيق دور كبير فى هذا الاختيار إلا أنه لا يجوز أن نغفل أن اهتمامنا بالحماية الدستورية للحقوق والحريات قد تزايد منذ كنت مقررا للجنة الحقوق والحريات المتفرعة عن اللجنة التحضيرية لوضع دستور ١٩٧١ والتى اختصت بموضوعات البابين الثانى والثالث من هذا الدستور، وتدعم هذا الاهتمام منذ شرفت برئاسة مجلس الشعب فى ديسمبر ١٩٩٠، وذلك باعتبار أن الهدف من النشاط البرلمانى فى مجمله ـ الذى يغطى جميع أنواع الحقوق، من مدنية وسياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية ـ هو ضمان حقوق الإنسان والحريات «الأساسية» وهو ما أكده المؤتمر البرلمانى الدولى الثانى والتسعون المنعقد فى كوبنهاجن فى سبتمبر سنة ١٩٩٤ .

وقد آمنا بأن الدعائم التى يعتمد عليها القانون الجنائى فى حماية الحقوق والحريات يشترك فى معظمها مع غيره من فروع القانون . ويبدو ذلك بوضوح فى مبدأ الشرعية فى قانون العقوبات، وتأسيسه من الناحية القانونية على انفراد المشرع وحده بتنظيم الحقوق والحريات؛ وفكرة الضرورة الاجتماعية والتناسب كأساس للتجريم والعقاب جنبا إلى جنب مع ضمانات الحقوق والحريات عند التجريم والعقاب والتى تكشف بوضوح إلى أى مدى لا يمكن المساس بمضمون الحقوق وجوهرها مهما طالت يد المشرع بالتجريم والعقاب . ويبدو هذا المعنى أكثر وضوحا فى قانون الإجراءات الجنائية، حيث يتجلى الأصل فى المتهم البراءة فينعكس بضماناته على سائر القواعد الإجرائية، ويتأكد بأهمية الضمان القضائى وحياد القضاء واستقلاله وقيامه على فكرة القاضى الطبيعى وضمان

المساواة أمام القضاء. ثم تبدو فكرة التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة فى ضمانات المحاكمة المنصفة لكى تقدم نموذجا لما يجب أن يكون عليه التنظيم القانونى للمحافظة على كل من الحقوق والحريات والمصلحة العامة، وألا يتحقق انحياز لأحدهما لصالح الآخر. فتشهد هذه المحاكمة نموذجا للتوازن بين عدد من القيم الدستورية لكى تؤكد وحدة الدستور وتكامله.

٤- منهجية الدراسة

تؤثر الحماية الدستورية للحقوق والحريات فى جميع فروع القانون؛ فهى مركز الثقل فى الدعائم الدستورية للقانون. وترتبط كل الارتباط بالدولة القانونية (حيث يعلو مبدأ سيادة القانون) والديمقراطية وحقوق الإنسان. وتعتبر الرقابة الدستورية معيارا للدولة القانونية، فبها تتأكد سيادة الدستور. وبحث هذا الموضوع الحاكم الهام يقتضى منهجية خاصة تعالج المركز القانونى لحماية الحقوق والحريات فى بناء يقوم على كل من الدولة القانونية والديمقراطية واحترام حقوق الإنسان، وتحدد مجالات ممارسة هذه الحقوق والحريات من خلال التوازن فيما بينها من ناحية، ومع المصلحة العامة من ناحية أخرى. وتتأكد هذه الحماية بالرقابة الدستورية كركن ركين فى الدولة القانونية. وفى ضوء ذلك كله نبحث انعكاس الحماية الدستورية للحقوق والحريات فى المواد الجنائية.

وفى ضوء هذه المنهجية رأينا أن نقسم دراستنا إلى جزأين:

الجزء الأول فى الأسس العامة للحماية الدستورية للحقوق والحريات فلا نقف فى بحث هذه الحماية عند حق أو حرية معينة؛ وإنما نقدم بحثا حول دعائم هذه الحماية وأبعادها الدستورية والدولية، وحدودها من حيث التوازن بينها وبين غيرها من الحقوق والحريات والمصلحة العامة، ثم نعرض للرقابة على دستورية القوانين بوصفها ضمانا للحماية الدستورية للحقوق والحريات.

وفى ضوء ذلك ينقسم هذا الجزء إلى قسمين: قسم أول فى الشرعية الدستورية للحقوق والحريات. وقسم ثان فى الرقابة على احترام الشرعية الدستورية كضمان للحقوق والحريات.

ونلجأ فى هذه الدراسة إلى منهج التأصيل والتحليل مع الاستعانة بالقانون المقارن وإيضاح معالم الدستور والقانون المصرى فى هذا الشأن .

وفى الجزء الثانى من هذا المؤلف نعرض تطبيقات الحماية الدستورية للحقوق والحريات فى المسائل الجنائية ، فنبين الدعائم الدستورية للقانون الجنائى من حيث الحماية الدستورية للحقوق والحريات فى دراسة مقارنة بين القانونين المصرى والفرنسى .

وإذا كان البعض يحاول تقسيم القانون الدستورى وفق موضوعاته ، فإن الجزء الثانى حسب هذا المنطق يخصص للقانون الدستورى الجنائى بجناحيه العقابى والإجرائى . وهى فرصة سانحة لكى نوضح أثر الدستورية فى مجموعها وتقييم درجة خضوع قانونى العقوبات والإجراءات الجنائية لقواعد الدستور. وفى هذه الدراسة ، يتجلى كيف أن الحماية الدستورية للحقوق والحريات تعكس تأثيرها فى القانون الجنائى بما يفوق تأثيرها فى غيره من فروع القانون . ولا غرو، ففى القانون الجنائى تتهدد الحقوق والحريات بالأخطار؛ سواء كانت هى حقوق المجنى عليه أو حقوق المتهم ، مما يتطلب التدخل لحمايتها واحترامها وفق القواعد التى أرساها الدستور. وقد عنينا ببحث تطبيقات الحماية الدستورية للحقوق والحريات فى قانون العقوبات فى قسم أول ، ثم أفردنا قسما ثانيا لهذه الحماية فى قانون الإجراءات الجنائية .

وفى ضوء ما تقدم ، ينقسم هذا الجزء إلى باب تمهيدى حول علاقة القانون الجنائى بالحقوق والحريات ؛ وقسمين : القسم الأول فى الضمانات الدستورية للحقوق والحريات فى قانون العقوبات . والقسم الثانى فى الضمانات الدستورية للحقوق والحريات فى قانون الإجراءات الجنائية .

وتكشف هذه الدراسة كيف أن القانون الجنائى بفرعيه هو أكثر فروع القانون اتصالا بجوهر القانون الدستورى ، وأعنى حماية الحقوق والحريات .

إننا نهدف من دراستنا إلى إعلاء سيادة القانون القائمة على سيادة الدستور، وإيضاح معالم الطريق نحو حمايتها واحترامها .

الجزء الأول

الأسس العامة للحماية الدستورية للحقوق والحريات

تمهيــد

تبدو الحاجة ملحة لتحـديد الحماية الدستورية للحقـوق والحريات في ضوء مبدأ سيادة القـانون الذى تقوم عليـه الدولة القـانونية، وارتبـاطه بمفهوم الديمقـراطية. فبهذه الحماية تتبلـور الدعائم الدستوريـة لجميع فروع القانون. ويتحـدد هذا المركز القانونى فى ضوء الشرعية الدستورية التى يـرسيها الدستور. وهو ما يتطلب توضيح معيـار إضفاء هـذه الشرعيـة الدستـورية على حمايـة الحقـوق والحريات. ويتطـرق البحث فى هذا النطـاق إلى تحديد التوازن بين الحقوق والحريـات مع غيرها من القيم الـدستوريـة، سواء تمثلت فى الحقـوق والحريـات أو فى المصلحة العـامة. ثم يمتـد البحث إلى ضمان فاعليةالحماية الدستورية للحقوق والحريات والمتمثل فى الرقابة على دستورية القوانين. وهكذا فإن الأسس العامة للحماية الدستورية للحقوق والحريات تقوم على محورين، (أولهما): الشرعيـة الدستـورية للحقوق والحريـات، و(ثانيهما): الرقابة على احترام الشرعية الدستورية كضمان للحقوق والحريات.

وعلى هذا النحو، تقـدم الأسس العامة للحماية الدستوريـة للحقوق والحريات، المعطيات الدستورية للقانون فى جميع فروعه.

القسم الأول

الشرعية الدستورية للحقوق والحريات

الباب الأول

سيادة القانون والديمقراطية

٥ـ سيادة القانون

يحكم المجتمع المعاصر مبدأ سيادة القانون [١]، أيا كان مصدره وأيـا كان مستواه فى النظام القانونى . ومقتضى هذا المبدأ التـزام جميع أعضاء المجتمع وسلطات الدولة على السواء باحترام القانون كأساس لمشروعية الأعمال[٢]. إلا أن سيادة القانون لا تعنى فقط مجرد الالتزام بـاحترام أحكامـه ، بل تعنى سمو القانـون وارتفاعه على الدولـة ؛ وهو ما يتطلب أن تبـدو هذه السيـادة فى مضمون القانـون لا فى مجرد الالتزام بأحكـامه . ومن حيث المضمون يجب أن يكفل القـانون الحقوق والحريـات للأفراد . فهذا المضمـون هو أساس سيادة القانون . فماذا يكون الحال لـو كان القانون غير عادل أو غير إنسانى؟ إن هذا المضمون لن يكون فى هذه الحالة غير مجرد عـزاء تافه لضحايا القانون [٣]. وفى هذه

---

(١) وقد اصطلح على تسمية المبدأ فى إنجلترا باسم : (Principle of Rule of Law) أى مبدأ حكم القانون . كما يطلق عليه فى الولايات المتحدة الأمريكية اسم : (The Principle of limited government) أى مبدأ الحكومـة المقيدة . وأحيانا يطلق عليه تعبير (حكومة قـانون لا حكومـة أشخاص) (A government of laws not of men) . كما يطلق عليه فى مصر وفرنسا (مبدأ سيادة القانون Préeminence du droit) . وقد عنى الدستور المصرى بالنص على أن سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة (المادة ٦٤) .

(٢) وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا عن ذلك فى قولها بأن (الدولة القانونية هى التى تتقيد فى جميع مظاهر نشاطها ـ وأيا كانت سلطاتها ـ بقواعد قانونية تعلو عليها وتكون بذاتها ضابطا لأعمالها وتصرفاتها فى أشكالها المختلفـة ، ذلك أن ممـارسـة السلطـة لم تعـد امتيـازا شخصيا لأحـد ، ولكنهـا تبـاشر نيـابـة عن الجماعـة ولصـالحهـا) ، (المحكمـة الـدستـوريـة العليـا فى ٤ ينـايـر ١٩٩٢ فى القضيـة رقم ٢٢ سنـة ٨ قضـائيـة «دستورية» ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ، قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩) .

(٣) Normans Marsh; Commission internationale des juristes, le principe de la legalité dans une societé libre (Rapport sur les travaux du congrès international des juristes tenu à New Delhi, Janvier 1959, p. 62).

الحالة يصبح القانون عديم الفاعلية إذا لم يحقق أدنى أمن حقيقى لأعضاء المجتمع، أو لم يكفل أى قيد على سلطات الدولة. فلابد من وجود صمام أمن يكفل إعطاء المضمون الفعال للقانون حتى تكون له السيادة.

فالقانون ليس مجرد أداة لعمل الدولة، ولكنه أيضا الضمان الذى يكفل حقوق الأفراد فى مواجهة الدولة.

ويقصد بالقانون فى هذا المجال كل قاعدة قانونية وفقا لتدرجها فى النظام القانونى للدولة. فالدستور بوصفه القانون الأسمى له السيادة وتلتزم به جميع سلطات الدولة والأفراد. فالسلطة التشريعية تلتزم بالدستور فيما تصدره من تشريعات، والسلطة التنفيذية تلتزم بكل من الدستور والتشريع فيما تصدره من لوائح، وجميع أفراد المجتمع مخاطبون باحترام القانون أيا كان مصدره ومستواه فى النظام القانونى.

والواقع أنه فى الدولة القانونية يسمو القانون على الدولة، فتلتزم بضمان الحقوق والحريات للأفراد فى مواجهة سلطاتها، ولا يقتصر دور القانون على تنظيم سلطات الدولة أو تحديد إطار أعمالها. وبهذا تتحقق سيادة القانون فى عنصرين:

(أولهما): شكلى، وينبع من السلطة المختصة بإصداره، ويتمثل فى التزام المخاطبين بأحكامه سواء كانوا من سلطات الدولة أو أفرادها.

(وثانيهما): موضوعى، وهو أن يكفل القانون فى مضمونه احترام الحقوق والحريات للأفراد. وتعتبر هذه الحقوق شرطا أساسيا لممارسة الديمقراطية.

وإذا كان الدستور ينظم علاقة سلطات الدولة فيما بينها، فإنه فوق كل ذلك يكفل احترام الحقوق والحريات للأفراد فى مواجهة الدولة. فالدستور بهذه المعنى هو أداة فعالة لحماية هذه الحقوق والحريات فى مواجهة الجميع بما فى ذلك السلطة التشريعية[1].

والواقع أن الدولة القانونية ـ التى يحكمها مبدأ سيادة القانون ـ هى الدولة التى تقبل أن تعمل بواسطة القانون وأن يحكمها القانون؛ قانون يوفر للأفراد حقوقهم وحرياتهم. وخضوع الدولة للقانون يجب أن يكون مكفولا برقابة قضائية يباشرها قضاء مستقل

---

(١) P. Combot; La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, Economica, 1998, Préface.

محايد. وقد أكد إعلان دلهى الصادر عن المؤتمر الدولى لرجال القانون والمنعقد فى نيودلهى سنة ١٩٥٩ العنصر الموضوعى لسيادة القانون؛ قائلا بأن الدولة القانونية هى دولة تؤكد المساواة بين المواطنين فى التزامهم بقانون ينظم العلاقات الاجتماعية ويحمى القيم والمبادئ الأساسية ويعهد إلى محكمة عليا أو محكمة دستورية متخصصة بالرقابة على تحقيق هذا الهدف(١).

ويتفق مبدأ سيادة القانون ـ فى عنصره الموضوعى المتعلق بمضمون القانون ـ مع ما يتطلبه مبدأ حكم القانون "Rule of Law" فى المفهوم البريطانى، ومبدأ اتباع الوسائل القانونية السليمة "Due process of law" فى المفهوم الأمريكى وفقا للتعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى سنة ١٨٦٨. وقد كانت الأفكار الشمولية حول مفهوم القانون قد اتجهت إلى قصره على العنصر الشكلى وحده، إذ حددت الدولة البوليسية دور القانون بأنه مجرد أداة بواسطته تتصرف الإدارة بمشيئتها المطلقة دون حاجة إلى الخضوع لقواعد أعلى تلتزم باحترامها. إلا أن الدولة القانونية بخلاف الدولة البوليسية لا تجعل القانون مجرد أداة لعملها، بل تجعله أداة لتقييد سلطاتها لصالح الحقوق والحريات بجميع صورها.

وقد اعتنق النظام القانونى السائد فى المملكة المتحدة، والولايات المتحدة، وأستراليا، وكندا تحت اسم الـ«common law»(٢)، مبدأ سيادة القانون. ويستمد القانون مصدره من السوابق القضائية، ومن النصوص التشريعية. وقد تميزت الولايات المتحدة بدستورها الذي أعطى مساحة كبيرة لحماية الحقوق والحريات، كما تميزت كندا بميثاق الحقوق والحريات الصادر سنة ١٩٨٢ والذى يتمتع بقيمة دستورية.

---

(١) Commission internationale des juristes, Rapport sur les travaux du congrès international des Juristes, Le Principe de la légalité, New Delhi, 1959, p. 11.

D. Mockle, "L'état de droit et la théorie de la Rule of Law", (1995) 35 Cahiers de droit (Universite Laval), pp. 823 - 905.

(٢) رغم وجود دستور إنجليزى مكتوب، فإن النظام الدستورى الإنجليزى يعتمد على ثلاثة عناصر هى سيادة البرلمان، وسيادة القانون، وسيادة الاتفاقيات الدستورية (انظر:

A.V. Dicey, Introduction to the Study of the law of the constitution, 1885.

John A. Manworing, La Common law, L'État de droit et la protection des droits fondamenttaux; colloque international, 9 et 30 Septembre 1993, Part - Luis مشار إليه في بحث (L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, AUPELFUREF, 1994, pp. 334, 335).

وكان جانب من الفقـه الألمانى قد تأثر بآراء «كـانت» و «هيجل» واتجه إلى أن الدولة هى المصدر الوحيد للقانون (إهرنج)، وأنها وحدها هى التى تستطيع أن تعطى للقواعد القانونيـة خصيصة الإلزام (جيللنك)، الأمر الذى يترتب عليه أن القـانون لا يعلو على الدولة . واتخذت الفاشية والنازية هذا التأصيل عمادا لحركتيهما ومذهبيهما .

وجـاءت نظريـة الدولـة القـانونيـة على يد الفقـه الفـرنسى تحت تأثير أفكار الثـورة الفرنسية لتؤكد فكرة الدولة القانونية القائمة على مبدأ سيادة القانون فى عنصره الموضوعى الذى يكفل ضمان الحقوق والحريات فى مواجهة الدولة . وقد ذهب البعض (كاريه دى مالبيرج)[١] إلى أن فرنسا لا تطبق نظام الدولة القانونية "Le regime de l'état de droit"، وإنما تطبق نظام الدولة الشرعية "Le system de l'état legal" والـذى يختلف عن النظام الأول فى أن السلطـة التشريعية غير مقيدة بالـدستور على أساس أن الـدستور لا يعلو على التشريع طالما أن هـذا الأخير فى مأمن من أى طعن . وقد تأثرت فكـرة الدولة الشرعية بهذا المعنى بما قيل من أن البرلمان يملك سلطة شبه لا نهائية "en possession d'une puissance, quasi indefinie" بسبب أن الدستور الفرنسى لم يخضع السلطة التشريعية للسلطة التى أنشأت الدستور، ولم يقيد حركة عمل المشرع ، وأن البرلمان يملك فى يده سلطة المشرع الدستورى، لأنه وحده يملك فتح إجراءات إعادة النظر فيه ، وأن البرلمان ليس مجرد سلطـة عليـا بل هـو بمعنى الكلمة سلطـة حـاكمـة تعبر عن الإرادة العامة للشعب[٢]. إلا أن نظريـة الدولة الشرعية لم تصمـد للنقد، لأن تدرج القـواعد القانونية التى يضعها البرلمان يجعلها فى مرتبة أقل من مرتبة القواعد القانونية الدستورية ؛ فلا يجوز له أن يخالفها . هذا بالإضافة إلى أنه إذا كـان الدستور الفرنسى لم يعرف الرقابة على دستوريـة القوانين ـ اكتفاء بـالرقابة السـابقة على مشروعات القوانين ــ إلا أن هذه الرقابة عرفت طـريقها فى معظم أنحاء العالم لكى تؤكد المفهوم المعاصر للـدولة القانونية حيث تخضع الـدولة بجميع سلطـاتها للقانـون . وخضوع السلطـة التشريعية للقـانون يتمثل فى خضوعها للدستور. وقد عرف الدستور الفرنسى هذه الرقابة فى دستور ١٩٥٨

---

(١) Carré de Malberg, op. cit., p. 490.

هذا بالإضافة إلى أن القانـون فى الدولة الشرعية ليس مجرد قيد على أعمال الإدارة وإنما هو شرط لها ، ومن ثم فإن الوظيفة الإدارية تتمثل فى مجرد تنفيذ القانون .

(٢) Jaques Chevallier; l'Etat de droit, Montchrestien, Paris, 1992, pp. 31 - 36.

وانظر فى الموضوع : Marie - Jöelle Redor, De l'Etat legal a l'Etat de droit, Economica, 1992.

بإنشاء المجلس الدستوري الفرنسي الذى اختص بالرقابة السابقة على دستورية التشريعات التى يقرها البرلمان قبل إصدارها من رئيس الجمهورية .

ورغم التسليم بالدولة القانونية بمفهومها الحديث حيث يتأكد العنصر الموضوعى فى القانون بالمعنى الذى حددناه آنفا ، إلا أن العلاقة بين الدولة والقانون ظلت محل جدل قانونى بين فقهاء القانون العام ؛ فذهب البعض (Duguit) إلى أن القانون الذى تخضع له الدولة ليس من إنشائها وإنما هو من وحى التضامن الاجتماعى (Solidarité Sociale) وقال البعض الآخر (هوريو) إنه ثمرة دستور اجتماعى (Constitution Sociale) سابق عليها . بينما ذهب البعض (كاريه دى مالبرج) إلى أن الدولة لا تتقيد إلا بالقواعد التى أنشأتها بنفسها . وهذا المعنى يتفق مع النظرية الألمانية التى تقول بالتقيد التلقائى (L'auto - limitation) للدولة بالقانون ؛ على أساس أن الدولة هى مصدر القانون ، وأن العلاقة الأساسية بين القانون والدولة تبدو فى اندماج فكرة الجزاء المترتب على مخالفة القانون فى تعريف القانون ذاته . وبذلك لا يوجد فوق الدولة الحاكمة أية سلطة قادرة على تقييد الدولة سوى الدولة ، فهى مصدر القانون الذى يقيد سلطتها . وبذلك فإن النظام القانونى بأسره هو من عمل الدولة ويعتمد على إرادتها وحدها .

وقد تعرضت هذه النظرية الأخيرة للنقد على قول بأن القاعدة القانونية تنبعث من الشريعة السماوية أو من الطبيعة أو من الإنسان أو من المجتمع ، وهى قوى سابقة وسيدة على الدولة . فى هذا الاتجاه ذهب جينى[1] إلى أن القانون لا يستخلص من مجرد القواعد الشكلية أو الفنية التى تنبعث من تدخل الدولة ، وإنما توجد خلفها حقيقة قانونية سابقة عليها وأكثر عمقا منها يستخلصها المنطق من طبيعة الأشياء . وقد حاول جينى أن يتعرف على هذه الحقيقة القانونية من القانون الطبيعى اعتمادا على فكرة مجردة عن العدالة . وقال بأن القانون يجب أن يكون منبعثا من الفكرة الطبيعية المجردة للعدالة .

وواقع الأمر ، أن القانون ليس إلا تعبيرا عن الإرادة السياسية للدولة يستوحى مضمونها من جميع القيم التى تؤمن بها الجماعة والمصالح التى تحميها .

---

(١) F. Geny, Science et technique en droit privé positif, 4 vol., 1925.

انظر فى عرض أفكاره

Charles Eisenmann; la justice constitutionnelle l'autriche, Economica, 1986, p. 28- 50.

٦ـ الديمقراطية

إن نقطة البداية فى الديمقراطية هى حق المواطنين فى الاشتراك فى إدارة شئون المجتمع والحكم، بما يعطيهم الحق فى المشاركة فى جميع القرارات التى تؤثر فى حياتهم[١]. والديمقراطية فى جميع معانيها تتطلب تمتع الأفراد بجميع الحقوق والحريات سواء كانت مدنية أو سياسية ، أو اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية[٢]. وبالتالى فهى لا تقتصر على ضمان حق الأفراد فى المشاركة فى إدارة شئون الحكم وإنما تمتد إلى حريتهم الذاتية فى مباشرة أنواع من السلوك فى مواجهة السلطة العامة . وهذا التمتع يحتاج إلى قانون يحمى ويضمن هذه الحقوق والحريات على النحو الذى يرسمه الدستور.

ونشير فى هذا الصدد إلى أنه فى فرنسا كانت حماية الحقوق والحريات تعتمد على التشريع La loi وحده، على أساس أنه يعبر عن الإرادة العامة للشعب. وظل هذا المعنى سائدا منذ الجمهورية الأولى حتى جاء دستور ١٩٥٨ على يد الجنرال ديجول بغرض تقوية السلطة التنفيذية. وقد أنشأ هذا الدستور المجلس الدستورى متوهما أنه

---

(١) نقيض الديمقراطية وفقا لرأى معظم المفكرين السياسيين منذ بداية القرن العشرين يتمثل فى الفاشية والنازية والشيوعية والشمولية والعنصرية .

(٢) Union Interparlementaire, la démocratie: Principes et réalisation, Genève, 1998. (انظر تقرير David Beetham)

وقد أصبحت الديمقراطية، القائمة على التعددية الحزبية، وتداول السلطة وفقا لانتخابات حرة نزيهة، واحترام الحقوق والحريات «الأساسية»، وسيادة القانون، نظاما عالميا ومبدأ من مبادئ القانون الدولى يستخلص من موقف الجمعية العامة للأمم المتحدة تجاه انقلابين على نظام الحكم فى كل من هاييتى وبروندى ، حيث أدان مجلس الأمن هذين الانقلابين لوقوعهما على حكومتين أقيمتا على أساس دستورى وديمقراطى (قرار رقم ٧/٤٦ فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٩١ ، بالنسبة إلى هاييتى. وقرار رقم ١٧/ ٤٨ فى نوفمبر سنة ١٩٩٣ ، بالنسبة إلى بروندى). إلا أن مجلس الأمن ذهب إلى مرحلة أبعد بالنسبة إلى هاييتى فطبق الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة الخاص بالعقوبات إذا لم تعد الديمقراطية والحكومة المنتخبة انتخابا شرعيا. ولم يتخذ القرار نفسه بالنسبة إلى بروندى .

انظر: Salim laghamani, vers une légitimité فى كتاب :

Renconctres internationales de la faculté des sciences juridiques politiques et sociales de tunis, les nouveaux aspects du droit international, colloque des 14, 15et 16 1994, Edition pedone, Paris, 1994, p.260 - 267.

وقد جاء فى ميثاق باريس لأوربا الجديدة الصادر فى نوفمبر سنة ١٩٩١ أن الديمقراطية تتخذ من احترام شخص الإنسان وحكم القانون أساسا لها وركيزة تستند إليها. ونص إعلان فيينا لحقوق الإنسان (١٩٩٣) على أن مبادئ ميثاق الأمم المتحدة عندما تقرأ مع المعايير الدولية بشأن الحقوق الفردية والجماعية، تنص على حقين اجتماعيين أساسيين ينطويان على أهمية فائقة للديمقراطية وهما التعددية والتضامن الاجتماعى .

سوف يحمى السلطة التنفيذية من تدخل السلطة التشريعية فى مجال اللوائح، إلا أن المجلس الدستورى الفرنسى منذ قراره الصادر فى ١٦ يولية سنة ١٩٧١ حول حرية الاجتماع وسع من حدود اختصاصه فأضفى القيمة الدستورية على كل من إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٩٧١ ومقدمة دستور ١٩٤٦، والتى تتضمن ما يسمى بالمبادئ الأساسية المعترف بها فى تشريعات الجمهورية، ومنذ ذلك التاريخ أصبحت الحماية القانونية للحقوق والحريات لا تعتمد على التشريع وحده وإنما تعتمد أيضا على الدستور بمقتضى الرقابة الدستورية على التشريع[١].

وبهذا ترتبط الديمقراطية بسيادة القانون الذى يحمى الحقوق والحريات فى مواجهة الدولة. وبذلك أيضا تفترض الديمقراطية أن تعمل السلطة وفقا للقانون، ففيها لا يعلو أحد فوق القانون [٢]. ولهذا قيل بحق إن الديمقراطية ليست سيادة الكم، وإنما هى سيادة القانون[٣]. وعلة ذلك أن إرادة الشعب هى أساس الحكم؛ وهو مؤدى ما أكده الإعلان العالمى لحقوق الإنسان (المادة ٢١). وإعمالا لارتباط الديمقراطية بسيادة القانون، فإن البرلمان يعبر عن الإرادة العامة للشعب وفقا للشروط التى يحددها الدستور. وبعبارة أخرى، فإن البرلمان لا يعبر عن الإرادة العامة للشعب إلا إذا كانت هذه الإرادة قد احترمت الدستور.

وفى هذا المعنى أكد الإعلان العالمى للديمقراطية الذى أقره مجلس الاتحاد البرلمانى الدولى فى القاهرة فى ١٦ سبتمبر ١٩٩٧ أن الديمقراطية تقوم على سيادة القانون ومباشرة حقوق الإنسان، وأنه فى الدولة الديمقراطية لا يعلو أحد على القانون، وأن الجميع متساوون أمام القانون (المادة ٧)[٤].

---

(١) انظر: Gilles Lebreton, Libertis publiques et droits de l'homme, Lene édition, Paris, pp. 33-36, 1995.

(٢) فى موضوع Cherif La democratie: Principes essentiels, Institutions et proplemes, p. 24 et 5. Bassiouni, Vers une declaration uinverselle sur les principes fondamentaux de la democratie, principes a la réalisation. (المرجع السابق ص ٩)

(٣) انظر هذا المعنى فى تصدير Gaudement فى كتاب: Guillaume Drago; l'Execution des decisions du conseil constitutionnelle, Economica,1991, p.5.

(٤) صدر الإعلان العالمى للديمقراطية بناء على اقتراحنا عقب انتخابنا رئيسا لمجلس الاتحاد البرلمانى الدولى فى سبتمبر سنة ١٩٩٤. وقد شكلت مجموعة عمل من عدد من الخبراء لصياغة مشروعه المبدئى، كان مقررها الدكتور شريف بسيونى رئيس المعهد الدولى لقانون حقوق الإنسان ورئيس الجمعية الدولية لقانون العقوبات.

والديمقـراطية كقيمة سيـاسية تتمتع بالشرعيـة الدستـورية فيما نص عليه الـدستور المصرى فى مادته الأولى من أن نظام الحكم اشتراكى « ديمقراطى » [١].

وواقع الأمـر أن العـلاقـة بين الـديمقـراطيـة وسيـادة القـانـون، تتجلى فى العنصر الموضـوعى للقانـون فى الدولـة القانـونية، وهـو حماية الحقـوق والحريات التى لا تقـوم الديمقراطية بغيرها. وتتجلى هذه الحماية فى توازن دقيق مع المصلحة العامة.

فبهـذا العنصر الموضوعى تتأكـد سيـادة القانـون، وبـه تبدو العـلاقـة الوثيقـة بين الديمقراطيـة كنظام سياسى وبين حمايـة الحقوق والحريات. وهذا مـا أعلنته المحكمة الدستوريـة العليا فى مصر فى قولها بأن مضمون القـاعدة القانونيـة التى تسمو فى الدول القانونية عليها وتتقيد بها، يتحدد على ضوء المستويات التى التزمتها الدول الديمقراطية باطراد فى مجتمعـاتها، وأنه لا يجوز للدولة القانونيـة أن تنزل بالحماية التى توفـرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن الحدود الدنيا المقبولة بوجه عام فى الدول الديمقراطية [٢].

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليـا أيضا أن التعددية الحزبية هى السبيل الوحيد لقيام الحكم الـديمقراطى فى أى بلـد، وأن الدستـور قد كفل بـالضرورة حريـة تكوين الأحزاب وحق الانضمام إليها [٣].

وفى هذا المعنى أكـد إعلان فيينـا حول حقوق الإنسـان (١٩٩٣) أن الديمقـراطية والتنمية، واحترام حقوق الإنسان والحريات يعتمد كل منها على الآخر ويعزره. كما أكد العلاقـة بين كل من الديمقراطية، وحقـوق الإنسان، والدولـة القانونية ميثـاق باريس لأوروبا الجديدة (نـوفمبر ١٩٩١). وإذا نظرنا إلى النظم غير الديمقراطية، لـوجدنا أن

---

(١) ويلاحظ أن وضع كلمـة (اشتراكى) وهو تعبير اقتصادى قبل كلمة (ديمقـراطى) وهو تعبير سياسى، يعنى عدم وصف الديمقـراطية بالاشتراكية. وقد أخرجهـا بذلك من نطاق الديمقراطيـة الاشتراكية التى تعتمد على حزب سياسى واحد يعبر عن مصـالح الطبقة العاملة، وقد تأكد المفهوم السيـاسى للديمقراطية، فى دستور ١٩٧١ فيما نصت عليـه مادته الخامسـة المضافة بتعـديل ١٩٨٠ من أن النظام السيـاسى يقوم على تعددالأحزاب.

(٢) دستورية عليا فى ٤ يناير ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، دستورية عليا فى ٢ يناير ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائيـة «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستـورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٤ ص ٨٩ و جـ ٥ (المجلد الثانى) قاعدة ١٠ ص ١٠٣.

(٣) دستـورية عليـا فى ٧ مايـو سنة ١٩٨٨ فى القضيـة رقم ٤٤ سنة ٧ قضـائية «دستـورية» مجمـوعة أحكـام المحكمة الدستورية العليا جـ ٤ قاعدة رقم ١٦ ص ٩٨.

الفساد وعدم الاستقرار، والتعسف والتحكم، يستشرى فى بنيانها وقراراتها . أما النظم الديمقراطية فإنها تحمى الحقوق والحريات وتكيف ممارستها مع متطلبات المجتمع ، وفيها تعلو المستويات الثقافية والتربوية وغيرها مما تتطلبه التنمية ، ويسود مناخ المساواة والحرية والثقافة التى تحفز على المنافسة السياسية . وهو ما يتطلب أولا وأخيرا الالتزام بسيادة القانون .

٧ـ سيادة الدستور

بيّنا أن مبدأ سيادة القانون يعنى فى مضمونه الشكلى التزام جميع سلطات الدولة بالقانون . ويقتضى هذا المبدأ أن السلطة التشريعية تلتزم بأن تضع القوانين فى حدود الدستور. فهذا الالتزام هو مظهر سيادة القانون على السلطة التشريعية . فالدستور بوصفه القانون الأساسى يحدد شروط ممارسة نواب الشعب الإرادة العامة للشعب .

وتنبع سيادة القانون على السلطة التشريعية من مبدأ سيادة الدستور على سائر القواعد القانونية . وهنا لا ترجع هذه السيادة إلى عناصر مادية قوامها مضمون الأحكام التى احتواها ، وإنما تكون للدستور السيادة ، حين تهيمن قواعده على التنظيم القانونى فى الدولة لتحتل ذروته . ولا يكون ذلك إلا إذا نظرنا إليه من زاوية شكلية ترجع إلى مكانة الجهة التى انعقد لها زمام تأسيسها والتى تعلو على السلطتين التشريعية والتنفيذيه معًا ، وهى المشرع الدستورى بمراعاة أنه هو الذى أفرغ قواعد الدستور فى الوثيقة الدستورية ولم يسمح بتعديلها أو إلغائها إلا وفق الإجراءات التى نص عليها الدستور [١]، باعتبار أن السلطة التأسيسية لا تعبر عن نفسها من خلال النظام القانونى ؛ بل هى سابقة عليه ، ومن ثم ، فإنها تعلو على جميع سلطات الدولة كنظام قانونى[٢]. ومن هذا المعيار الشكلى تأخذ الشرعية الدستورية سيادتها على الشرعية القانونية أو الشرعية اللائحية . ذلك من حيث الشكل ، فماذا عن مضمون الشرعية الدستورية ؟

---

(١) دستورية عليا فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤ ، القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٣١ ص ٤٠٨ .

(٢) انظر: Denys de Béchillon; Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat, Economica, 1996, p.52.

لقد أكدنا فيما سبق أن الدستور ليس مجرد وثيقة لتنظيم علاقة سلطات الدولة فيما بينها، وإنما هو فوق ذلك وثيقة ضمان للحقوق والحريات. وتعتبر النصوص الخاصة بهذه الحقوق والحريات بمثابةكتلة من الدستورية . "bloc de constitutionnalité"(١).

ليست هناك صيغة واحدة مجردة تحدد مضمون الشرعية الدستورية التى يجب أن تحكم القانون، ذلك أن المبادئ لا يمكن فصلها عن القيم السائدة فى المجتمع ولا يمكن عزلها عن العناصر المكونة لنظام الدولة. فمثلا استقلال السلطة القضائية كأحد مبادئ الشرعية، وإن كان يعنى بوجه عام عدم جواز التدخل فى أحكام القضاء، إلا أن مضمون هذا الاستقلال يختلف من دولة إلى أخرى وفقا لشكل العلاقات بين الفرد والدولة. وقد بين المؤتمر الدولى لرجال القانون المنعقد فى نيودلهى سنة ١٩٥٩ أن مبدأ الشرعية اصطلاح يرمز إلى القيم والخبرة التى يتفق عليها جميع رجال القانون فى جزء كبير من العالم. و هذا المبدأ يعتمد على عنصرين: (أولهما)، أن كل سلطة فى الدولة تعمل وفقا للقانون. و (ثانيهما)، أن القانون نفسه يعتمد على مبدأ سام هو احترام حقوق الإنسان. واستخلص المؤتمر أنه يمكن تعريف مبدأ الشرعية بأنه هو الذى يعبر عن القواعد والنظم والإجراءات الأساسية لحماية الفرد فى مواجهة السلطة، ولتمكينه من التمتع بكرامته الإنسانية. وهذه الأفكار وإن كانت غير متفق عليها بصفة دائمة إلا أنها تتشابه فى كثير من النقاط لدى رجال القانون فى مختلف بلاد العالم على اختلاف هياكلها السياسية وظروفها الاقتصادية (٢).

وواقع الأمر أن الشرعية الدستورية تهدف إلى حماية الفرد ضد تحكم السلطة، بضمان حقوقه وحرياته. إلا أن مضمون هذا المبدأ يختلف من دولة إلى أخرى بقدر اختلاف نظاميها السياسى والاقتصادى، كما يختلف مدى احترامه بقدر سلامة التطبيق واحترام الدولة للقانون.

وتحكم الشرعية الدستورية القانون فى عنصريه الشكلي والموضوعى، فمن حيث

---

(١) استخدم Rivero هذا التعبير فى كتابه:

Le principe du constitutionnalité, Essai de définition d'aprés la jurisprudence du conseil costitutionnel, Mél. Eisenmann, éd. cujas, 1975, p. 34.

(٢) Commission internationale de juristes; le principe de la legalité dans une societé libre, op. cit., p. 341

العنصر الشكلى تضمن هـذه الشرعيـة تقيـد الـدولـة بـالقـانـون . ومن حيث العنصر الموضـوعى تكفل الشرعيـة الدستـوريـة أن يكفل القـانـون توفير الضمانـات للحقـوق والحريات . وهكذا فإن الشرعية الدستورية بوصفها المبدأ الأسمى الذى يحكم القانون، تسهم فى تحديد كل من العنصرين الشكلى والموضوعى للقانون .

فالشرعية الدستورية على هذا النحو هى الضمان الأعلى لسيادة القانون على سلطات الدولـة ، فبها تتأكـد سيادة القـانون عليها . فبـالشرعية الـدستورية يتـم تنظيم السلطة وممارسـة أعمالها فى إطار المشروعيـة . ويدعم القضـاء مبدأ الشرعية الـدستوريـة خلال استقـلالـه وحصـانتـه لتصبح القـاعـدة القـانـونيـة محورا لكل سلطـة ، ورادعـا ضـد العدوان[1] .

ولا شك أن الشرعية الدستـورية تعكس النظام السياسى للدولة . وتـرتبط فى الدولة القانونية كل الارتبـاط بالنظام الديمقراطى وبسيادة القـانون . ويضمن ذلك كله قضاء دستورى يحمى مدلولها ويكفل فاعليتها .

---

(١) دستورية عليا فى ٤ ينـاير ١٩٩٢ ، القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية» ، مجمـوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩ .

الباب الثـــانى

معيار الشرعية الدستورية للحقوق والحريات

الفصل الأول

أفكار حقوق الإنسان

٨ـ تمهـــــيد

بينا فيما تقدم أن الشرعية الدستورية كضمان للحقـوق والحريات ترتبط ارتباطا وثيقا بكل من الديمقراطية وسيادة القانون. فما هـو المعيار الذى ترتكز عليه هذه الشرعية فى توفير هذا الضمان؟

لقـد شهد النصـف الثانى من القـرن العشرين تحولا جـذريـا نحـو تحديد الحقـوق والحريات وحمايتها تحت تأثير عاملين مهمين : (أولهما)، بلورة هذه الحقوق فى إعلانات عالميـة لحقوق الإنسـان ومواثيق دوليـة وإقليمية . و(ثانيهما)، تأكيـد الرقـابة القضـائية الدستـورية من أجل حماية هـذه الحقوق [١]. ومن خلال هـذه الرقابـة أمكن للقضاء الدستـورى استخلاص عدد من الحقوق والحريـات لم ينص عليها الدستـور صراحة، ولكنها تعتبر لازمة للديمقراطية وسيادة القانون.

---

(١) انظر: Pierre Foucher; Controle de Constitutionnalité au nom des droits fondamentaux dans les Etats de droit: Convergence des solutions en Occident et idées pour L'Afrique (Aupelef - Uerf- Reseau Droit Fondamentaux - Les droits Fondamentaux, Actes des l'ères journées scientfiques, tenues á Tunis du 9 au 12 Octobre 1996, Bruxlant Bruxelles, 1997, p. 345.

وسـوف نبحث فى هـذا البـاب العـامل الأول الـذى يحدد الحقـوق والحريـات محل الحمايـة، ثـم نبحث فى القسم الثـانـى من هـذا الجزء العـامل الثـانى الـذى يضمن استخلاص هذه الحقوق وحمايتها، وهو القضاء الدستورى .

والواقع أن ظهور أفكـار حقوق الإنسان كانت مبعثا للمشرع الـدستورى لكى يختار من بينها مـا هو أسـاسى ولازم للديمقـراطية، فهى لا تقوم بغير سيـادة القانـون الذى يحمى الحقوق والحريات؛ مع توفير ضمانـات قانونية فى المسائل الجنائيـة لكفالة محاكمة عادلة (منصفة). ولهذا قيل بأن الوضع المركزى الـذى تحتله الحقوق والحريات فى الدولة الديمقراطية يعتبر أساسا للنظام القانونى السياسى للدولة[1].

٩ـ تطور فكرة الحقوق والحريات

يتمتع الأفراد فى الدولة القانونيـة بالحقوق والحريات بناء على إرادة المشرع الدستورى لا بناء على أفكار القانون الطبيعى وحدها. وكان مذهب القانون الطبيعى يرى أن هناك نوعا من الحقوق لا يحتاج إقـرارها إلى إرادة المشرع لأنها (طبيعية)، تنشأ للإنسان بحكم طبيعته الإنسـانية، وتعتبر حقوقـا أساسية لأنـه لا يمكن للفرد أن ينعم بحيـاته داخل المجتمع بـدون احترام هذه الحقـوق. وقـد قيل بأنـه يمكن التعـرف على هذه الحقـوق بـالعقل، فلا يجوز لأيـة سلطة وضعيـة أن تخالفهـا وإلا كان القـانون المخـالف لها غير شرعى (illégitime). كما قيل بأنه نظرا إلى أن هذه الحقـوق الطبيعية يتبينها العقل فإنها تتصف بالعـالمية، ولـذلك فإن القانون الـوضعى فى تحديده للحقـوق والحريات يخضع للقـانـون الطبيعى. وينهض القـانـون الـوضعى بـدور فعـال فى حمايـة هـذه الحقـوق (الطبيعية) نظرا لما يوفره من حماية قضائية تكفل احترامها إذا ما تعرضت للانتهاك.

وقد ذهب أنصار مذهب العقد الاجتماعى ـ فيما بعـد ـ إلى أن هذا العقد هو أساس شرعيـة السلطة لأنـه يضمن احترامهـا لهذه الحقـوق. وفى القرن الثـامن عشر ظهـرت الحاجة إلى التمسك بـالحقوق والحريات «الأسـاسية» تحت مسمى حقوق الإنسـان كرد فعل ضد تحكـم الملوك والحكام. ومـا إن استتبت مفاهيم الـدولة القـانونيـة حتى بات

---

(١) Pierre Cambot; La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, Economica, 1998, p.18.

واضحـا أن القـانـون يجب أن يكفل احترام الحقوق والحريـات، مثـال ذلك فى قـانـون العقوبات، أن يعرف المخـاطب به سلفا الحدود الفاصلة بين ما هـو شرعى وما هو غير شرعى. وهكذا انتهى الأمـر إلى التسليم بأن القانـون الوضعى هو الـذى يكفل الحقوق والحريـات. وقد تـلاقى فى ذلك مع منطق مـذهب القـانون الطبيعى من حيث أهميـة تدخل القانون الوضعى لكى يكفل الحمايـة القضائية لهذه الحقوق. كما تلاقى أيضا مع فكر الدولة القانونية التى لا يقوم قانونها إلا بحماية هذه الحقوق.

ومن نـاحية أخـرى تحقق التـلاقى بين فكـرة حقوق الإنسـان التى بشَّر بها مـذهب القانون الطبيعى وبين فكرة الحقوق والحريات التى أكدها القانون الوضعى، وذلك من خلال مفهوم الدولة القانونية كما سنبين فيما بعد. فوفقا لهذا المفهوم تقوم الدولة القانونية على النظـام الديمقـراطى الذى يتطلب احترام الحقـوق التى يتمتع بها الإنسان بصفتـه الإنسـانيـة على أسـاس أن هذه الحقـوق تعبر عن احتيـاجـات المجتمع الـديمقـراطى وآماله[١].

وواقع الأمر، إن فكـرة حقوق الإنسان تعبر عـن فلسفة القانـون الطبيعى، بخلاف فكـرة الحقوق والحريـات فإنها وإن اعتمدت فى أيـديـولوجيتهـا إلى حد كبير على هـذه الفلسفة، إلا أنها فى إطار النظام القانونى تحتل طـابعا قانونيا وضعيا. ويترتب على هذا التمييـز أن تفسير الحقوق والحريـات يتحدد فى ضـوء القواعـد القانـونية التى تحددهـا وتحميها، بخلاف تفسير حقوق الإنسان، فإنه يتسع لينصرف إلى أيديولوجيتها القائمة على مجموعة من المعتقـدات والقيم الأخلاقية[٢]. ففكرة الحقوق والحريـات تنقل فكرة حقوق الإنسان من المجـال الأخلاقى إلى المجال القانونى، ضمانـا لاحترامها وحمايتها فى مواجهة السلطة، وتوفيقًـا بينها وبين مقتضيات التقدم العلمى[٣]. وبعد أن تضمنت

---

(١) انظر: Guy Hoarscher; philosophie des droits de l'homme, 1993, p. 14 - 21.

(٢) انظر فى الموضوع: Michel Troper; La déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789 (Conseil constitutionnel; la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, P U F, 1989, p.13-17).

وانظر الدكتور ماهر عبد الهادى، حقوق الإنسان ـ قيمتها القانونية وأثرها على بعض فروع القانون الوضعى ١٩٨٤ ص ٢٣ وما بعدها.

(٣) Collection Études juridiques Dirigée par Nicolas Molfessis; La dignité de la personne humaine, No. 78, Economica, 1999, p.4.

كثير من الإعلانات الدولية والإقليمية دعوة لحماية حقوق الإنسان اعتمدت فكرة حقوق الإنسان على فلسفة سياسية دولية بالإضافة إلى فلسفة القانون الطبيعي. إلا أنه أيا كان الأساس الفلسفي لحقوق الإنسان، فإن أساسه القانوني يعتمد على القيمة الدستورية التي ينالها في النظام القانوني، وهو ما سنبينه فيما بعد. وهذا الأساس له طبيعة موضوعية objectif لأنه يرتبط بالدستور.

ويلاحظ أن الدستور المصري (١٩٧١) قد نص في المادة ٤١ على أن الحرية الشخصية حق طبيعي، مشيرا بذلك إلى أن السلطة السياسية التي وضعت الدستور قد أكدت أن الحرية وإن أعلنتها إرادة هذه السلطة، إلا أنها مستوحاة ومستمدة من الطبيعة الإنسانية للفرد. وقد كانت أزمة الحرية الشخصية التي مرت بها البلاد قبيل وضع الدستور ١٩٧١ هي التي دفعت بالمشرع الدستوري إلى تأييد أن الحرية الشخصية حق (طبيعي) حتى تكون الرسالة واضحة ومعلنة للسلطة السياسية بأن الحرية ليست منحة قابلة للعطاء أو للمنع، وإنما هي قيمة إنسانية يحميها الدستور. وهو ما انعكس بوضوح في وثيقة إعلان الدستور، فقد جاء بها: «إن كرامة الفرد انعكاس طبيعي لكرامة المواطن ذلك أن الفرد هو حجر الأساس في بناء الوطن وبقيمة الفرد وبعمله وبكرامته يكون الوطن وقوته وهيبته». فما جاء في مقدمة الدستور عن كرامة الفرد يشير إلى الطابع الإنساني لحقوقه، والذي يتجلى في الكرامة الإنسانية، وتأكد هذا المعنى أيضا فيما نص عليه الدستور من أن السيادة للشعب.

كما عنى الدستور المصري بالنص صراحة على قائمة من الحقوق والحريات في الباب الثاني الخاص بالمقومات الأساسية للمجتمع، وفي الباب الثالث الخاص بالحريات والحقوق والواجبات العامة، وفي الباب الرابع الخاص بسيادة القانون.

١٠ـ علاقة الشرعية الدستورية بحقوق الإنسان

على الرغم من اتهام نظريات القانون الطبيعي بالمثالية والتجريد، فإنها لا شك قد أسهمت في بناء صرح الحرية في مواجهة السلطة وتقييد سلطة الدولة. وعلى أثر انحسار موجة هذه النظريات، فإن الحاجة إلى تأكيد الحرية وكفالتها في مواجهة سلطة الدولة قد دفعت بالشعوب إلى وضع بعض الأصول التي تؤكد حقها في الحرية. وقد كانت هذه الأصول الوضعية هي آخر مراحل تطور الكفاح السياسي في سبيل كسب الحرية

وتدعيمها. فلم تصبح الحرية مجرد فكـرة خيالية تستند إلى التفكير المثالى، وإنما انتقلت إلى مجال الحمايـة القانـونية، وأصبحت ذات قيمـة محددة يتمتع بها الأفـراد فى مواجهـة السلطة وذلك عن طريق تقييـد نشاطها وتحديد نطاقها، من خـلال القانون. فإذا كان مبدأ سيادة القانون يعنى خضوع السلطة فى نشـاطها للقانون، فإنه يبقى بعد ذلك بيان النطاق الدستورى الذى يتحدد به هذا القانون ومضمونه، ففى ضوء تحديد العلاقة بين الدولة كسلطـة وبين الفرد تتحدد قائمـة الحقوق والحريات[1]. وفى هذا الصـدد يثور البحث عن الحقـوق والحريات التى تنتمى إلى مجمـوعـة حقوق الإنسـان والتى أضفت عليها الدولة حماية دستورية. لا شك فى أنَّ هذا الاختيار يعبر عن درجة الثقافة القانونية فى الدولة والقيم التى تعتنقها فى ضوء نظامها السياسى والتى تعبر عنها الإرادة السياسية فى الوثيقة الدستورية[2]. فيكون مضمـون la teneur هذه الـوثيقة معبرا عـن الشرعية الـدستوريـة التى تنالها هـذه الحقوق، وبـالتالى يكـون إضفاء الطـابع الدسـتورى "la constitutionnalisation" هـو الـوسيلـة لإعطـاء هـذه الحقـوق أسمى قيم الشرعيـة الوضعيـة، وهى الشرعية الدستـورية. وهـو ما ينطوى فى ذات الـوقت على تقنين هذه الحقوق داخل الوثيقة الدستورية.

وعلينـا أن نحـدد فيما يلى المضمـون الـذى احتـواه الـدستـور فيما يتعلق بـالحقـوق والحريات حتى نستجلى مبادئ الشرعية الدستورية فى هذا الخصوص. وهى مبادئ لا تستند إلى مجرد نصـوص الدستـور بحرفيتهـا، وإنما تستخلص من مجموعـة من المبادئ والأفكار التى تتصل بمفاهيم سيادة القانـون والديمقراطية وحقوق الإنسان[3]. وتبدو أهميـة هذا البحث فى مصر نظـرا لما قررتـه المحكمة الـدستوريـة العليا من أن مضمـون

---

(١) P. Cambot, op. cit., p.24.

(٢) ويلاحظ أن هذه الحقـوق فى نظام الـ common law قد عبرت عنهـا المحاكم الإنجليزية حيث لا يـوجد دستور مكتوب، كما عبرت عنها المحكمة العليا الأمريكية فى إطار دستورها الاتحادى. وكان هذا التحديد عاملا لظهور اصطلاح حكومة القضاة «La gouvernment des juges» إشارة إلى فضل القضاة وتحمسهم نحو توفير الضمـانـات لهذه الحقوق- (André Morel. Protection des droits fondamentaux et sys-témes juridiqus - L. effectivité des droits fondementaux dans les pays de la communauté francopheme, AUPEE-UREF, op. cit,. p. 320.)

(٣) قلنا فى بحث لنـا سنة ١٩٧٨ عن تداخل دراسة حقـوق الإنسان فى العلوم المختلفة. مقـدم لندوة نظمتها اليونسكـو حول حقـوق الإنسان بـالقاهـرة، إن اقتصار الـدراسة والبحث فى حقـوق الإنسان على جـانبها القانونى الوضعى يشكل خطرا أساسيا يهدد تكامل فكرة حقوق الإنسان.

القاعدة القانونية التى تسمو فى الدولة القانونية عليها، وتتقيد هى بها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التى التزمتها الدول الديمقراطية باطراد فى مجتمعاتها، واستقر العمل بالتالى على انتهاجها فى مظاهر سلوكها المختلفة، وأنه فى هذا الإطار، والتزاما بأبعاده، لا يجوز للدولة القانونية فى تنظيماتها المختلفة أن تنزل بالحماية التى توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن الحدود الدنيا لمتطلباتهم المقبولة بوجه عام فى الدول الديمقراطية، ولا أن تفرض على تمتعهم بها أو مباشرتهم لها قيودا يكون جوهرها أو مداها مجانبا لتلك التى درج العمل فى النظم الديمقراطية على تطبيقها؛ وأن خضوع الدولة للقانون محددا على ضوء مفهوم ديمقراطى مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التى يعتبر التسليم بها فى الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق تعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التى كفلها الدستور فى المادة الحادية والأربعين[1].

وقد اتجه القضاء الدستورى فى كثير من الدول إلى الأخذ بمفهوم حقوق الإنسان فى تحديده لمضمون الحقوق والحريات مستوحيا بعض أفكاره من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان كما هو الحال فى ألمانيا وإيطاليا وإسبانيا والبرتغال وفرنسا. كما لوحظ أيضا تأثير إعلان الحقوق فى أمريكا على قضاء المحكمة العليا الأمريكية[2]. فما المقصود بهذه الحقوق؟

١١ـ تطور فكرة حقوق الإنسان

حقوق الإنسان قيمة إنسانية رفيعة بمقتضاها يتمتع كل كائن إنسانى بحقوق طبيعية تنبع من إنسانيته، أى تنبثق من كرامته الإنسانية. وقد ارتبطت دائما بفكر سياسى متغير حتى أصبح بوجه خاص محل اهتمام وبؤرة ترتكز عليها وسائل تحقيق العولمة فى النظام الدولى الجديد. وقد تجسدت بادئ الأمر فى مجموعة من الوثائق الوطنية مثل

---

(١) Mauro cappelletti; Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle, (cours costitution-nelles européennes et droits fondamentaux, Economica, p.471 et 4 72).

(٢) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٤ فى ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢ ص ٢٦١، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩. ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» المجموعة السابقة، جـ ٥ (المجلد الثانى) قاعدة رقم ١٠ ص ١٠٣.

العهد الأعظم Magna carta الذى استخلصه بارونات إنجلترا للحد من سلطة الملك جون سنة ١٢١٥ ، وإعلان الحقوق Bill of rights سنة ١٧٧٦ بالولايات المتحدة الأمريكية ، وإعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن سنة ١٧٨٩ .

وأيا كان المصدر التاريخى لهذه الحقوق وما طرأ عليه من تطور دولى وإقليمى ، فإن هذه الحقوق تشترك فيما بينها فى طابع واحد ، هو ارتباطها بالذاتية الإنسانية .

ويبدو التطور الدولى الإقليمى لهذه الحقوق فيما طرأ من تحرك عالمى وإقليمى واسع فى القرن العشرين لحماية حقوق الإنسان ، وخاصة بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية .

فعلى المستوى العالمى ، نص ميثاق منظمة الأمم المتحدة على أن من أغراض هذه المنظمة تطوير وتشجيع احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية (المادة ١ / ٣) . وفى إطار هذا الميثاق أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ الإعلان العالمى لحقوق الإنسان[1] . وأقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة عهدين دوليين فى ١٦ ديسمبر ١٩٦٦ أولهما عن الحقوق المدنية والسياسية ، وثانيهما عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية . هذا بالإضافة إلى جانب آخر من الاتفاقيات التى أجرتها الأمم المتحدة بشأن حقوق الإنسان ، منها اتفاقية لمنع وعقاب جريمة إبادة الجنس (Genocide) فى ٩ ديسمبر ١٩٤٨ ، واتفاقيات جنيف فى ٢١ أغسطس ١٩٤٩ المتعلقة بحماية ضحايا النزاعات المسلحة ، واتفاقيات منظمة العمل الدولية حول الحرية النقابية وحماية الحق النقابى (فى ٩ يولية ١٩٤٨) ، والاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين (٢٨ يولية ١٩٥١) ، والاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التفرقة العنصرية (فى ٢١ ديسمبر ١٩٦٥) والاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (فى ١٨ ديسمبر ١٩٧٩) ، والاتفاقية الخاصة بتحريم التعذيب (فى ١٠ ديسمبر ١٩٨٤) ، والاتفاقية الخاصة بحقوق الطفل (٢٠ نوفمبر ١٩٨٩) .

كما أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٣ من ديسمبر ١٩٨٥ المبادئ الأساسية لاستقلال السلطة القضائية .

وعلى المستوى الإقليمى ، أقرت الدول الأوروبية المنظمة لمجلس أوروبا اتفاقية لحماية

---

(١) امتنع عن التصويت على القرار الصادر بهذا الإعلان كل من الاتحاد السوفيتى (سابقا) ودول أوروبا الشرقية ، وجنوب إفريقيا ، والمملكة العربية السعودية . وقد اختلفت كل هذه الدول فى تعليل امتناعها عن التصويت . وقيل إن من أسباب امتناع المملكة العربية السعودية عن التصويت النص الخاص بالحرية فى تغيير الديانة (م/ ١٨) Jacques Robert, op. cit., p. 78.

حقـوق الإنسان وحـرياتـه الأساسيـة فى رومـا فى ٤ نوفمبر ١٩٥٠ ، وقـد أكدت هـذه الاتفاقيـة على احترام الحقوق التى تضمنهـا الإعلان العـالمى لحقوق الإنسـان ، والميثاق الاجتماعى الأوروبى فى ١٨ أكتـوبـر ١٩٦١ المبرم بين دول مجلس أوروبـا ، ثم الـوثيقـة الختـاميـة لمؤتمر الأمن والتعـاون فى أوروبـا (١٩٧٥) ثم ميثـاق المجتمعـات الأوروبيـة للحقـوق الاجتماعية للعمال (٩ديسمبر ١٩٨٩)، وإعـلان البرلمان الأوروبى للحقـوق والحريات الأساسية (١٢ إبريل ١٩٨٩) .

كما صـدرت عدة وثـائق إقليميـة أخرى تـؤكـد على احترام حقـوق الإنسان ، منهـا معاهدة السلم اليابانية (١٩٥١)، والنظـام الأساسى الخاص بمركز تريستا (١٩٥٤)، وميثاق منظمة الدول الأمريكية لعام ١٩٤٨ ، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٦٩ ، وعلى صعيـد الدول الإسـلامية أصـدر المجلس الإسـلامى العالمى المنعقـد فى باريس ١٩٨١ بيانا عن حقوق الإنسان فى الإسلام ، أورد العديد من هذه الحقوق .

وفى نطاق الـدول الإفريقية ، أقـر مؤتمر القمة الإفـريقى المنعقد فى نيروبى ١٩٨١ ، الميثاق الإفريقى لحقوق الإنسان والشعـوب ودخل حيز التنفيذ فى ٢١ أكتوبر ١٩٨٦ . وعلى مستـوى الدول العـربية أعـدت مجموعـة من خبراء الأمة العـربية من أهل الفكـر والقانون المجتمعين فى مـدينة سيراكوزا بصقلية فى إيطاليـا ١٩٨١ مشروع ميثاق لحقوق الإنسان والشعب فى الوطن العربى ، تبناه بالإجماع المؤتمر السادس عشر لاتحاد المحامين العرب فى الكـويت ١٩٨٧ وناشـد جميع نقابـات المحامين فى الدول العـربية أن تـدعو الحكومات العربية إلى التصديق عليه .

وعلى الرغم من أهمية هـذه الاتفاقيات والإعلانات ، إلا أنـه يجب أن نميز بين وثائق لها صفة إلزامية بين مـوقعيها ، وهى الاتفاقيات ؛ ووثائق لها صفة أدبيـة هى الإعلانات والبيـانات . كما يجب أيضـا التمييز بين وثـائق لها نطاق عـام يحمى حقوق الإنسـان فى مجموعهـا مثل الإعـلان العالمى لحقوق الإنسـان ، والعهديـن الدوليين لحقـوق الإنسان المدنية والسيـاسية ، والاقتصاديـة والاجتماعية والثقافيـة ، والاتفاقية الأوروبيـة لحقوق الإنسـان ، ووثائق أخرى لها نطاق خـاص بعضهـا يحمى حقوقـا معينـة للأفـراد مثل الاتفـاقيـات الخاصـة بمنع التعـذيب ، ومنع إبـادة الجنس ، ومنع التمييـز العنصرى ، وبعضهـا الآخـر يحمى حقـوقـا لفئـات معينـة من المواطنين مثل الـلاجئين ، والعمال ، والنساء ، والأطفال .

وعلى أية حال، فإن إعلانات حقوق الإنسان سـواء كانت عالمية أو إقليمية، لم تعد مجرد دعاوى فلسفية أو نداءات أخلاقية، بعـد أن تبنت كثير من المحاكم الدستورية، وكذلك المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان مفهـومها فى مقام تحديد الحقوق والحريات، مما أعطى دورا للقضاء فى تطوير وتحديث هذه الحقوق[1].

إلا أنه بـالإضافـة إلى الدور القضـائى فى استخلاص القيمـة الدستـورية للحقـوق والحريات، فإن بعض الدسـاتير ضمنت هذه الإعلانات فى الوثيقة الدستـورية فنالت ذات القيمة الدستورية التى تتمتع بها نصوص الـدستور، مثال ذلك الدستور الفرنسى سنة ١٩٥٨ الذى أشارت ديباجته إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة ١٧٨٩ وأكد المجلس الدستورى أن هذه الديباجة تتمتع بذات القيمة الدستورية لنصوص الدستور. وكـذلك أيضـا الدستـور الكنـدى الـذى ضمَّن بين ثنـايـاه الميثاق الكنـدى للحقـوق والحريات الصادر سنـة ١٩٨٢. كما ضمن دستور بنين الصادر سنـة ١٩٩٠ بين ثناياه الميثاق الأفريقى لحقوق الإنسان وحقوق الشعوب الصادر سنة ١٩٨١.

١٢ـ أجيال حقوق الإنسان

إذا استقرأنا مـواثيق حقوق الإنسان نجد أنها تعكس تطـور دائرة هذه الحقوق. فلم تقتصر هذه المواثيق على تخويل صـاحبها حرية الحركة والتصرف والاختيـار، بل امتدت إلى تخويله حقـوقا اجتماعيـة واقتصاديـة قبل الـدولة تخولـه الحق فى إشباع احتيـاجات أساسية مثل التأمين الاجتماعى والرعايـة الطبية، والعمل والراحة، والتعليم والثقافة إلى غير ذلك من عناصر أساسية للتنمية الاجتماعيـة للفرد. وهى حقوق يستطيع بمباشرتها التمكن من مباشرة الحقوق المدنية والسياسية.

وقد أقـر الإعلان العالمى لحقوق الإنسـان الصادر سنة ١٩٤٨ هـذه الحقوق فى المواد من (٢٢ إلى ٢٧). وبناء على ذلك فإن حقوق الإنسان أصبحت من نوعين:

١ـ حقوق تخول صاحبها نهج سلـوك معين، وتتمثل فى الحقوق المدنية والسياسية فى مواجهة الدولة، وهذا هو الجيل الأول لحقوق الإنسان.

٢ـ حقوق تخول صـاحبها الحق فى اقتضاء خدمة أسـاسية من الدولة، تلتـزم الدولة

---

(١) Mauro cappelletti, op. cit., p. 473.

بتمكينه منهـا ، وتتمثل فى الحقـوق الاقتصاديـة ، والاجتماعية ، و الثقـافية ، وهـذا هو الجيل الثانى لحقوق الإنسان . وبهذه الحقوق يستطيع الإنسان أن يباشر الجيل الأول من حقوق الإنسان بفعالية وكفاءة .

ويجدر التنويه إلى أنـه فى الثمانينيات ظهر جيل ثالث لحقـوق الإنسان سماها البعض حقوق الشعوب "Rights of peoples" يشير بوجه خاص إلى الحق فى السلام(١) والحق فى التنمية(٢) والحق فى البيئة(٣) والحق فى الثقافـة . وهذه الحقـوق تخول جميع الأفراد حق مطالبة غيرهم من الأفراد باحترام قيم عـالمية معينة فى إطار من التضامن (٤). حتى إنها سميت بحقوق التضامن "Droits de solidarité" (٥). إلا أن هذا الجيل لم يتبلور بعد

---

(١) ويتضمن حق كل إنسان فى الكفاح ضد جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية ومحاكمة مرتكبيها ، والحق فى رفض تنفيذ الأوامـر غير الشرعية أثناء النزاع المسلح إذا كـانت مخالفة لقوانين الإنسانيـة ، والحق فى اللجوء السياسى إذا كان المطالب به قد تعرض للاضطهاد بسبب نشاطه فى الكفاح من أجل السلام وضد الحرب .

(٢) وقد أعلنتـه الجمعية العامة لـلأمم المتحدة فى عدة قرارات لها منهـا القرارات رقم ١٥١٥ و١٦٧٤ و١٧٠٧ و٢٤٦٠ الخاصـة بـالموارد البشريـة من أجل التنميـة ، والقرار رقـم ٢٥٤٢ حول إعـلان التقـدم والتنميـة الاجتماعية ، والقـرار رقم ٢٦٦٢ الخاص بالإستراتيجيـة الدولية للتنميـة . وكذلك أصـدرت القرارين رقم ٣٢٠١ و٣٢٠٢ لسنة ١٩٧٤ حـول إعلان إنشاء نظـام اقتصادى دولى جديـد وبرنامج العمل حـول هذا النظام الدولى . وقـد أشارت إلى الحق فى التنمية لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسـان فى قرارها رقم ٤/ ٣٣ ، كما ورد هذا الحق صراحة فى إعـلان صدر من اليونسكو وصف هذا الحق بأنه ينـدمج فى كل كائن وجماعة إنسانية ، وحدد أن هذا الحق يتضمن فتح الطريق نحو مسـاواة كاملة فى وسائل التقدم والازدهار الجماعية والفـردية فى منـاخ يحترم قيم الحضارة والثقـافـة الوطنيـة والعالميـة . (Abdelfattah Amor, Ledroit de l'homme au developpement; L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communaute francophane, Aupelefuref, op. cit., p. 109) .

(٣) وقد نادى به مؤتمر الأمم المتحدة لقمة الأرض فى ريـو دى جانيرو سنة ١٩٩٢ على أثر مؤتمر إستكهولم سنة ١٩٧٢ الذى نادى أيضا بهذا الحق .

(٤) انظر: D. Rousseau; les droits de l;homme dans la troisiemé génération, droit constitution-nel et droits de l'homme, ed. Economica, collection droit public positif, Paris 1987, p. 127.

وانظر: Chris Brown, Human rights. (Oxford, The globalization of world politics, edited by baylis and steve smith, 1997, p. 470.

(٥) انظر: Jacques Robert, Rapport Général, IXE Conférence des Cours constitutionnelles Eu-ropéennes, Paris, 10 - 13 Mai 1993.

منشور فى كتاب :

Conseil constitutionnel, protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurence ou complementarité? Volume II, Paris, 1993, p.759.

فى الصيغة الدوليـة أو الدستورية الملزمة . وقـد انتقده العميد ريفيرو [1] على أساس أن كل حق من الحقـوق لـه صاحب يطـالب بـه ، ومضمون معين ، وطـرف آخـر يطالبـه باحترامـه ، وجزاء يترتـب على إهداره ، وقـال إن هذه العنـاصر الأربعة غير متـوفرة فيما يسمى بالحقوق الجديـدة للإنسان ، وتساءل عمن هو صاحب هـذه الحقوق ، هل هو الفرد أم هو الشعب أم هى الإنسانية ، وقال إن مضمونه مازال غامضا ، إذ لا يعرف من هـو الطرف الآخـر فى هذه الحقـوق هل هـو الدولـة أم هى المشروعات الخاصـة أم هى المنظمات الدوليـة ، ولا توجـد جهة قضائيـة يمكنها أن تفـرض الجزاء عند إهـدار هذه الحقوق .

وقـد لـوحظ أن هـذه الحقـوق لم تدخل بعـد فى إطـار الحقـوق التى نـالت الحمايـة الدستورية فى معظم الدول[2].

إلا أن المحكمة الدستورية العليا [3] فى مصر أقرت الحق فى التنمية على أسـاس أنه وثيق الصلة بـالحق فى الحياة ، وكذلك بـالحق فى بناء قاعدة اقتصـادية تتوافـر أسبابها ، وعلى الأخص من خـلال اعتماد الدول ــ كل منها فى نطـاقها الإقليمى ــ على مواردهـا الطبيعية ليكون الانتفـاع بها حقا مقصورًا على أصحابها ؛ وأشارت المحكمة الـدستورية العليا إلى الإعلان الصادر فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٨٦ عن الجمعيـة العامة للأمم المتحدة فى شأن التنمية ، وإلى المؤتمر الـدولى لحقوق الإنسان المنعقد فى فيينـا لسنة ١٩٩٣ الذى قرر كذلك الحق فى التنمية .

---

(١) Rivero; "Vers de nouveau droits de l'homme, Revue de sciences morales et politiques, 1982, pp. 673 - 686.

(٢) Jacque Robert, Rapport Général, op. cit., 759.

(٣) دستورية عليـا فى ٢ مارس سنة ١٩٩٦ ، القضية رقم ٣٤ لسنـة ١٥ قضائية «دستورية» ، مجمـوعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم (٣٠) ص ٥٢٠ .

وقد قيل بأن الحق فى التنمية يؤكد حق الجميع فى التنمية ، وأنـه لا يجوز للدول الصناعية أن ترفض طلبات الدولة النامية بنقل التكنـولوجيا إليها أو أن ترفض تقديم المساعدة الاقتصـادية لها ، لأن هذا الرفض يعتبر إنكارا لحق البشرية فى التنمية . انظر:

Gerard Piel, Federico Mayor, V.II, Bruylant, Bruxelles, 1995, p.699 - 701.

الفصل الثـــانى

التحديد الدستورى للحقوق والحريات

١٣ـ تمهـــيد

بينا فيما تقدم مفهوم حقوق الإنسان فى تطورها وعرضنا لوثائق حمايتها على المستويين العالمى والإقليمى . وقلنا إن هذه الحقوق قد أسهمت فى تحديد الحقوق والحريات التى تشملها الشرعية الدستورية وفقا لما جرى عليه القضاء الدستورى فى كثير من الدول .

ومن هنا يثور البحث عن ماهية الحقوق والحريات التى تحظى بالحماية الدستورية . لا صعوبة فى البحث عندما يحدد المشرع الدستورى صراحة هذه الحقوق والحريات من خلال ما يضعه من قواعد دستورية تحدد بذاتها المضمون القاعدى لهذه الحقوق، أو تترك هذا التحديد للمشرع ، ففى هذه الحالة تكون نصوص الدستور هى المصدر المباشر لشرعيتها الدستورية . وإنما يدق البحث حول ما إذا كانت هناك حقوق وحريات أخرى تشملها الشرعية الدستورية دون أن ترد صراحة فى الدستور ، وذلك إذا كانت نتيجة لازمة للنظام الديمقراطى الذى تأخذ به الدولة ، أو استخلصت على نحو غير مباشر من الحقوق والحريات التى نص عليها الدستور صراحة ومباشرة ، وفى هذه الحالة تكون المبادئ الدستورية هى المصدر لهذا التحديد المستخلص من ثناياه ، والذى يستخلصه القضاء الدستورى فى مقام تفسيره للدستور.

وسنعرض فيما يلى للتحديد الدستورى المباشر للحقوق والحريات ، ثم نبين بعد ذلك التحديد الدستورى غير المباشر لهذه الحقوق والحريات .

المبحث الأول

التحديد الدستورى المباشر للحقوق والحريات

١٤ـ كيفيته

ويسمى هذا المنهج بالوضعية القانونية "Positivism Juridique" . وإذا نظرنا إلى موقف الدساتير نجد أن الدستور الإيطالى قد تجنب الإشارة إلى تعبير الحقوق الأساسية ، واستخدم فى المادة الثانية [١] منه تعبير «حقوق الإنسان غير القابلة للمساس droits inviolables de l'homme »، وحدد هذه الحقوق صراحة فى المادة ١٣ وما بعدها من الدستور. وانتهج فى هذا التحديد منهج التوسع فى بيانها على وجه التفصيل . على أن التعبير الذى استخدمه الدستور الإيطالى فتح الطريق أمام القضاء الدستورى لاستخلاص ما يسمى بالحقوق الطبيعية التى قيل بأن الدستور قد أغفل بيانها [٢]. وإذا نظرنا إلى الدستور الألمانى الاتحادى نجد أنه قد أورد ما أسماه بالحقوق الأساسية فى المواد من ١ إلى ١٩ و ٢٠/ ٤ و ٣٣ و ٣٨ و ١٠١ و ١٠٣ و ١٠٤ مقتصرا فى بيانه على حقوق الإنسان التقليدية والتى تمثلت فى جيلها الأول (الحقوق المدنية والسياسية) دون الحقوق الواردة فى جيلها الثانى (الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية)، إلا أن وصف الدولة بأنها اشتراكية فتح الطريق أمام القضاء الدستورى لاستخلاص حقوق فى الدولة حسبما يقتضيه النظام الاشتراكى[٣] . أما الدستور النمساوى فلم يعرف فكرة الحقوق

---

(١) نصت المادة الثانية من الدستور الإيطالى على أن الجمهورية تعترف وتكفل حقوق الإنسان غير القابلة للمساس بها سواء بصفته فردا أو عضوا فى المجتمع أو فى ممارسة شخصية .

(٢) انظر: G.Zagrebelsky; Object et portée de la protection des droits fondamentaux - cour constitutionnelle italienne (cours constitutionnelles europénnes et droits fondamentaux, Economica, 1987, p.307 - 308).

(٣) Hans G.Rupp; Object et portée de la protiction des droits fondamentaux, Tribunal, constitutionnel fédéral allemand (cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, Economica, 1987, p. 244, 245)

الأساسية كاصطلاح فنى، وإنما اقتصر فى مقام بيان اختصاص المحكمة الدستورية على الإشارة إلى دورها عند انتهاك الحقوق التى يحميها الدستور (المادة ١٤٤ B - VG). ولكن يلاحظ أن الاتفاقيات الدولية فى النمسا تعتبر جزءا من القانون الاتحادى وتأخذ مرتبة الدستور الاتحادى. وقد تضمنت معاهدة فيينا لسنة ١٩٥٥ نصوصا تتعلق بالحقوق الأساسية سبق أن تضمنتها من قبل معاهدة سانت جيرمان كما كان انضمام النمسا إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان له أثره فى توسيع نطاق هذه الحقوق[1]. على أن ذلك لم يمنع المحكمة الدستورية النمساوية من استخلاص حقوق أساسية، مع شىء من التحفظ والحذر والمهارة. وإذا نظرنا إلى فرنسا نجد أن دستور الجمهورية الثالثة سنة ١٨٧٥ لم يشر إلى شىء من هذه الحقوق، وجاء دستور الجمهورية الرابعة سنة ١٩٤٦، فأكدت ديباجته بصيغة رسمية الحقوق والحريات التى تضمنها إعلان الحقوق سنة ١٧٨٩، وأضافت إليه ما أسمته بالمبادئ الرسمية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية، وجاء دستور فرنسا الحالى للجمهورية الخامسة سنة ١٩٥٨، فأحال فى ديباجته إلى حقوق الإنسان التى تضمنها إعلان ١٧٨٩ وإلى ديباجة دستور ١٩٤٦، وأنشأ المجلس الدستورى لممارسة رقابة دستورية على مشروعات القوانين بعد إقرارها من البرلمان وقبل إصدارها من رئيس الجمهورية. وقد تمكن المجلس الدستورى كما سنبين فيما بعد من إضفاء حماية دستورية على الحقوق المشار إليها فى ديباجة الدستور واستخلاص عدد من الحقوق الدستورية من مواد الدستور الفرنسى. وجاء الدستور الاتحادى الأمريكى فنص على مجموعة من الحقوق والحريات، ونص التعديل الرابع عشر للدستور على شرط استعمال الوسائل القانونية "Due process of law"، لكى يستوعب ما لم يرد صراحة فى سائر نصوص الدستور أو فى إعلان الحقوق "Bill of rights"، مما أعطى للمحكمة العليا الأمريكية سلطة واسعة فى استخلاص الحقوق والحريات التى يكفلها الدستور. وجاء الدستور الأسبانى فبدأ بتحديد الحقوق والواجبات الأساسية، ثم ميز بين الحقوق الأساسية والحريات العامة (المواد ١٥ إلى ٢٩) وحقوق وواجبات المواطنين (المواد من ٣٠ إلى ٣٨)، والمبادئ الحاكمة للسياسة الاجتماعية والاقتصادية (المواد من ٣٩ إلى ٥٢). ولكن ذلك لم يمنع المحكمة الدستورية من التوسع فى تفسير هذه الحقوق.

وجاء فى الدستور المصرى (١٩٧١)، فأبدى عناية فائقة بكفالة الحقوق والحريات

(١) Theo Öhlinger; Object en portée de la protection des droits fondamentaux, Cour constitutionnelle chienne. (فى المرجع المشار إليه فى الهامش السابق ص ٣٤٦).

المدنيـة والسياسيـة، والاقتصـادية، والاجتماعيـة، والثقـافية فى كـل من الباب الثـانى الخاص بالمقـومات الأسـاسية للمجتمع، والباب الثـالث الخاص بالحريـات والحقوق والواجبات العـامة، والباب الرابع الخاص بسيـادة القانون. وبلغ الأمـر إلى حد اعتبار الحقوق الاقتصاديـة والاجتماعية والثقافية من المقومات الأسـاسية للمجتمع. وفوق كل ذلك، فقد عنى الدستور فى المادتين ١ و ٤ على تأكيـد ديمقراطية نظام الحكم، وعنى فى المادتين ٦٤ و ٦٥ بتأكيد سيـادة القانـون، مما أعطى المجال للمحكمـة الدستـورية العليا لاستخلاص مزيد من الحقوق والحريات أكدها الدستور بطريق غير مباشر.

١٥ـ الحقوق الأساسية

ترجع تسمية بعض الحقوق بأنها أساسية إلى وقت أن كانت حقوق الإنسان فى جيلها الأول كحقـوق مدنيـة وسياسيـة؛ إلا أن هذا المضمـون قد لحقـه التطور بظهـور الجيل الثانى لحقوق الإنسان، ثم جيله الثالث. ولم يكن اصطلاح الحقوق الأساسية معروفا فى فرنسا حتى السبعينيات، حيث بدأ فى الظهور فى كتابـات الفقه القانونى كغطاء قانونى لفكر القانون الطبيعى لحقوق الإنسان. وتبـدو الصعوبة فى إيجاد منهج لاستخلاص ما يمكن اعتباره حقوقا أساسية بالمعنى القانـونى. والواضح أن الحماية الدستورية للحقوق المستقـاة من إعلانـات حقوق الإنسـان هى التى تكشف طابعهـا الأساسى، فإضفـاء الحماية الدستوريـة على الحقوق هو الوسيلة الوحيدة لإعطـاء هذه الحقوق قيمة أعلى من القيمة التى يمنحها التشريع العادى، ورفعها إلى قمـة النظام القانونى. وقد تجلى ذلك فى الولايات المتحـدة الأمريكية من خلال مـا تضمنته التعديلات الـواردة على الدستور الأمريكى(١). وفى إيطاليا، اعتبرت حقوقا أساسيـة كل الحقوق التى تنال حماية بواسطة المبـادئ الدستـورية، سـواء نص عليهـا الدستـور صراحة أو استخلصت ضمنـا رغم ورودها فى قوانين عـادية، وذلك فى ضوء ما نص عليه الـدستور الإيطالى (المادة ٢) من أن الجمهورية تعترف وتكفل الحقوق المصونة للإنسان(٢).

وفى ألمانيا، تعتبر حقوقا أساسية الحقوق التى تهدف إلى حماية حرية الفرد فى مواجهة تدخل السلطـة العامة. وقد أكـدت المحكمة الدستـورية الألمانية طبيعة هـذه الحقوق

(١) Mark Janis, La notion de droits fondamentaux aux Etats - Unis d'Amerique, Actualité juridique, Juillet - Aout 1998, p.52-55.

(٢) Alessandro Pizzorusso, Les droits fondamentaux en Italie; Actualité juridique, Juillet - Aôut 1998, pp. 56, 57.

ووظيفتها، قائلة بأن هذه الحقوق شخصية "Subjectifs" يمثل الأفراد فيها صفة الدائن وتمثل الدولة فيها صفة المدين، وأن وظيفة هذه الحقوق تتمثل فى الدفاع عن الفرد ضد تدخل السلطة العامة فى بعض المجالات، ولهذا سميت هذه الحقوق بأنها دفاعية "Défensifs". على أن المحكمة الدستورية الألمانية استعانت فى بعض الأحوال بالوظيفة الموضوعية للحقوق فى مجال حمايتها، فذهبت فى حكم لها بأن حرية التعبير تستخدم للمساهمة فى تشكيل الرأى العام، مما يجعلها تتمتع بقيمة أكبر من قيمة الاستعمال الخاص، وأنه لتحقيق هذا الهدف تتمتع هذه الحرية بقيمتها فى الديمقراطية الحرة، وتتمتع بطابع مطلق فى النظام الديمقراطى الحر. بل ذهبت المحكمة الدستورية الألمانية فى سنة ١٩٧٥ إلى أبعد من ذلك حين أكدت حماية الجنين إلى حد إلزام الدولة بضمان توقيع الجزاء الجنائى على الإجهاض سواء ما وقع من الأم أو من الغير[١]، ثم أكدت هذه الحماية فى حكم لها سنة ١٩٩٣ من خلال سلطة المشرع التقديرية فى توقيع الجزاء الجنائى أو الاكتفاء بتدبير منعى وفقا لمبدأ التناسب[٢]. وأمام ظهور الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية (الجيل الثانى لحقوق الإنسان)، فإن الطابع الموضوعى للعدالة الاجتماعية أدى إلى الدعوة إلى الانتقال من الطابع الشخصى للحقوق الأساسية إلى أهمية مراعاة الظروف الاجتماعية، مما أدى إلى خلق واجبات إيجابية على الدولة تفرض عليها مراعاة العدالة الاجتماعية. ومع ذلك ظل القضاء الألمانى متحفظا بشأن هذه الدعوة، إلى أن استقر الأمر على أن الاستجابة لمقتضيات العدالة الاجتماعية يعتبر التزاما موضوعيا يقع على عاتق المشرع يتعين عليه مراعاته، وتراقب المحكمة الدستورية مسلك المشرع فى حالة الانتهاك الصارخ لهذا الالتزام أو فى حالة الإهمال الجسيم المحقق[٣].

---

(١) انظر الحكم رقم ٧ لسنة ١٩٧٥ للمحكمة الدستورية الاتحادية الألمانية من خلال الرقابة المجردة على المادة ٢١٨ عقوبات لأنها لا تعاقب على الإجهاض الاختيارى الذى يتم بواسطة طبيب خلال الاثنى عشر أسبوعا اللاحقين لحالة الحمل، على أساس أن الحق فى الحياة يملكه كل كائن حى وليس الإنسان فحسب وأن الإجهاض يقع اعتداء على حق الجنين فى الحياة بوصفه كائنا حيا. وقد ميزت المحكمة الدستورية الألمانية بين حق الإنسان فى الحياة بوصفه حقا أساسيا (شخصيا) لارتباطه بالإنسان، وحق الكائن الحى (الجنين) فى الحياة بوصفه حقا أساسيا (موضوعيا) لأنه يرتبط بالكرامة الإنسانية التى يحميها الدستور، والتى يتمتع بها الجنين. (انظر: Xavier Magnon, Wanda Mastor et Caterina Severino, Xe cours international de justice constitutionelle - constitution et Bioéthique, Annuaire International de Justice constitutionnelle, 1998, p. 436-440.

(٢) Xavier Magnon, Wanda Mastor et Caterina Severino, op. cit., pp. 443 - 447.

(٣) Olivier Jouanjan; La théorie allemande des droits fondamentaux, Actualité juridique, Juillet - Aout 1998, pp. 404 - 510.

انظر فى الموضوع: Starck; La constitution cadre et mesure du droit, Economica, 1994, pp. 73 - 79.

وفى فرنسا، يسود الاتجاه بأن الحقوق «الأساسية» فى النظام القانونى الفرنسى هى التى تتمتع أيضا بالحماية الدستورية، وذلك بتشبيه ما هو أساسى بما هو دستورى، وذلك استنادا إلى تدرج القواعد القانونية فى النظام القانونى، وأن ما يعتبر أساسيا فى هذه القواعد هو ما يتضمنه الدستور وليس التشريع، مما يعنى أن الحقوق الأساسية لا تتصف بالأساسية إلا إذا قررها الدستور. وبالتالى، فإن الحقوق الأساسية تكون هى الحقوق الدستورية. وقد لوحظ أنه فى بداية الرقابة الدستورية فى فرنسا، اعتبر الطابع الأساسى للحقوق أساسا لدستوريتها، ثم تطور الأمر بعد ذلك واعتبرت الصفة الدستورية للحق مبررا لإضفاء الطابع الأساسى عليه. وكنتيجة لذلك، قيل بأنه فى إطار المنطق القانونى تبادل كل من السبب والأثر موقعه ودوره[١]. ولوحظ أنه إذا نظرنا إلى الطابع الأساسى من ناحية الجوهر، فإن هذا الطابع هو الذى يؤدى إلى الحماية الدستورية، بخلاف ما إذا نظرنا إلى هذا الطابع من ناحية الشكل، فإن صفة الدستورية هى التى تمنح هذا الطابع الأساسى. فإذا نظرنا إلى الناحية الجوهرية يمكن استخلاص الحقوق الأساسية ولو لم ترد فى أحد نصوص الدستور، اعتمادًا على وجود قاعدة غير مكتوبة يستخلصها القاضى. وقد استطاع المجلس الدستورى الفرنسى استخلاص بعض الحقوق الأساسية مما يقتضيه النظام العام، ومن قبيل ذلك الحق فى أمن الأشخاص والأموال "Le droit à la sécurité des personnes et des biens"[٢]، فقد استخلص المجلس الدستورى هذا الحق وأعطاه قيمة أعلى من حق الإضراب الذى يتمتع بقيمة دستورية، والذى يتعين وضع حدود له بإجراء التوازن الضرورى بين الدفاع عن المصالح المهنية التى يعتبر الإضراب أحد وسائلها، وبين حماية المصلحة العامة التى قد يكون من شأن الإضراب المساس بها وعلى رأسها استمرار المرافق العامة. كما استخلص القضاء بعض الحقوق الأساسية من خلال المبادئ العامة للقانون، ومن قبيل ذلك الحق فى المساواة[٣].

وبوجه عام، فإنه إذا كان جوهر الحقوق الأساسية قد تحدد لحماية قيم مشتركة للحياة الإنسانية سواء فى جانبها العضوى (الأمن وحرية الانتقال والسلامة المدنية ... إلخ)، أو فى جانبها النفسى (الفكر والتعبير والخصوصية والاعتقاد)، فإنه قد تطور فى جيله الثالث لكى يصبح هو الحق الجوهرى اللازم للمجتمع بأسره "La société globale".

(١) انظر: Etienne Picard; L'emergence des droits fondamentaux en France, l'actualité juridique, Juillet - Aout 1998, pp. 11 et 12.

(٢) 80 - 117 Dc, 22 Juillet 1980, Recueil. Jur. const., (1959 - 1993), p.81.

(٣) انظر: Picard, op. cit., p.17.

فكل ما يعتبر ضروريا لاستكمال الهياكل اللازمة للمجتمع، يعتبر أمرا أساسيا ويتمتع بالقيمة الدستورية. وقد أشير فى هذا الصدد إلى الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، فقد أشارت فى ديباجتها إلى أن المحافظة على الحريات الأساسية تعتمد على نظام سياسى ديمقراطى بمعنى الكلمة من ناحية، ومن ناحية أخرى تعتمد على فكرة مشتركة واحترام مشترك لحقوق الإنسان. وهكذا، فإن النظام القانونى للدولة الديمقراطية يمكن أن يتحول إلى مجموعة من الحقوق الأساسية[1].

وتعتبر الحقوق الأساسية فى هذا النطاق أساسا للدولة القانونية، ويتجلى ذلك فى العنصر الموضوعى لسيادة القانون[2]. فالدولة القانونية ليست قوقعة فارغة من المعنى أو تقبل الامتلاء بقيم أو حقوق مهما كان نوعها؛ بل إنها نظام قانونى يقوم على احترام الحقوق «الأساسية» المسلم بها ديمقراطيا.

والخلاصة، فإن نظرية الحقوق «الأساسية» تستمد جذورها من أفكار حقوق الإنسان، وتعتمد على أساس من الديمقراطية، وسيادة القانون. وتنال قيمة دستورية سواء وردت صراحة فى نصوص الدستور، أو استخلصت ضمنا من مبادئه الدستورية. وعلى هذا النحو، فإن كافة الحقوق التى تتمتع بها الحماية الدستورية تعتبر حقوقا أساسية من الناحية الدستورية. فإذا نظرنا إليها من زاوية القانون الطبيعى أطلق عليها اسم «حقوق الإنسان». وإذا كانت هذه الحقوق قد لحقها التطور عما جاء فى القانون الطبيعى، وعبرت عنها بعض إعلانات واتفاقات حقوق الإنسان، فإن القوة القانونية لهذه المواثيق الدولية تعتمد من الناحية الشكلية على ما يعطيها إياها القانون الداخلى. دون إخلال بقيمتها الدستورية التى قد تستخلص ضمنا من المبادئ الدستورية. وتستمد الشرعية الدستورية لهذا التطور من المبادئ الدستورية للمجتمع الديمقراطى والتى لا تقف فى وجه أى تطور يدعم الكرامة الإنسانية. وقد قيل بأن كل مجتمع لا تكفل فيه ضمانات الحقوق لا أثر فيه للدستور[3].

وواقع الأمر، فإن الحقوق الأساسية بالمعنى الدستورى لها طابع موضوعى يستمد من أساسها الدستورى دون إخلال بطابعها الشخصى إذا كانت هذه الحقوق مستمدة من الجيلين الأول والثانى لحقوق الإنسان.

---

(١) انظر: Alain Seriaux, Laurent sermet et Dominique Virlot - Barrial, Droits et libertés fondamentaux, ellipses, 1998, pp. 13 et 14.

(٢) انظر ما تقدم بند ٦ ص ٢٥.

(٣) انظر: Franck Moderne; Le juge de l'Adnimistration et la liberté en France (IDEF, Le juge de l'espace froncphone, 1999, p. 239).

١٦ـ الحريات

يتعذر إعطاء تعريف دقيق للحريات، حتى قال البعض عنها بأنها إحدى الكلمات الرديئة التى تملك قيمة أكثر من معناها، وتغنى أكثر مما تتكلم، وتطلب أكثر مما تجيب(١). وقال عنها مونتسيكو بأنه لا توجد كلمة لقيت أكثر من معنى مختلف، مما لقيته كلمة الحرية(٢). وذهب البعض إلى أن المجلس الدستورى قد ساهم فى غموض فكرة الحريات فى تمييزه بين الحقوق والحريات الأساسية دون أن يبين مبرر هذا التمييز. وقد جرت عدة استخدامات لفكرة الحريات، فقيل بالحريات العامة، وقيل بالحريات الأساسية.

وبالنسبة للمعنى الأول للحريات فإنه يتحدد وفقا لمفهوم سياسى يشير إلى العلاقة بين الإنسان والسلطة، ويحددها بقدر اعتراف الدولة، مما يلزم معه أن تتدخل السلطة العامة لفرض الحماية القانونية لها وإلقاء واجبات عليها للتمكن من مباشرتها. ووفقا لهذا المفهوم تتمثل الحرية العامة فى حرية الاشتراك فى أعباء الحكم فى صورة الحقوق السياسية مثل الحق فى الانتخاب والحق فى الترشيح، كما تتمثل أيضا فى الحرية الذاتية للفرد فى مباشرة حقوقه فى مواجهة السلطة دون تدخل منها، مثل الحق فى التنقل والحق فى الحياة الخاصة. وقد ذهب رأى آخر إلى أن الحريات العامة هى مجموعة الحقوق الأساسية التى تعتبر فى الدولة الحديثة الحرة لا غنى عنها لقيام حرية حقيقية. إلا أن هذا الرأى ينطوى على توسيع مدلولها على نحو يفقدها التماسك القانونى. ولهذا ذهب رأى آخر إلى قصر مدلول الحقوق الأساسية على ما يتعلق بالإنسان، وأنه لذلك تعتبر جميع الحريات العامة حقوقا أساسية، بخلاف جميع الحقوق الأساسية فإنها لا تعتبر بالضرورة حريات عامة. وتتميز الحريات العامة بأنها تتمتع بالحماية القانونية من الدولة فى مواجهة السلطة العامة(٣)، وبغير ذلك تظل الحرية فى نطاق ما يسمى بالحق الطبيعى(٤).

---

(١) انظر: Michel Verpeaux; la liberté, l'actualité juridique, juillet - Aout 1998, p.144.

(٢) Montesquieu, L'Esprit des lois, XI, II.

(٣) انظر فى عرض هذه الاتجاهات:
Gilles Lebreton, Libertés publiques et droits de l'homme, édition, Paris, 1995, pp. 12-19 .

(٤) Michel verpeaux, op. cit., p.144.

ويترتب على إضفاء الحماية القانونية على الحرية اختلاط معناها بمعنى الحق وتداخل المعنيين فى مضمون مشترك، ذلك أن التزام الدولة ـ والغير ـ بسلوك إيجابى فى مواجهة صاحب الحق، هو من مميزات الحق. فإذا توافرت هذه الخصيصة للحرية سميت بأنها حرية عامة، واختلطت بالحق. هذا بالإضافة إلى أن كلا من الحق والحرية يعطى لصاحبه مكنة أو صلاحية ممارسته باختياره؛ ولهذا تعتبر الحرية حقا، فيقال بالحق فى الحرية وبداخل كل حق يوجد نوع من حرية الاختيار يملكه صاحبه فى تحديد المضمون الذى يمارسه. ولهذا، فإن الحقوق تتصف بالتعددية والتنوع وفقا لمضمونها. فبالنسبة إلى حق التعليم، فإنه حق دستورى تلتزم الدولة بتوفيره، إلا أنه فيما يتعلق بمضمون هذا الحق، يملك صاحبه الحرية فى اختيار نوع التعليم و المدرسة التى يتلقى فيها تعليمه[1]. وبالنسبة إلى الحق فى التعبير، فإنه حق دستورى تلتزم الدولة بتوفيره، إلا أن صاحبه يملك حرية تحديد مضمون هذا التعبير. ومن ثم، فإن الحريات تندرج تحت مفهوم الحقوق، وتتميز فى قدرة صاحبها على اختيار منهج معين فى ممارسة بعض الحقوق تحت مظلة الحماية القانونية. وبناء على ذلك، فإن الحريات والحقوق من واد واحد وفقا لتقسيمات الحقوق. وتلتزم الدولة بتوفيرها والتمكين لها[2]. وتنال الحريات على هذا الأساس حماية دستورية سواء بناء على القواعد الدستورية، أو استخلاصا من المبادئ الدستورية. فالحريات على هذا النحو ركن ركين فى النظام الدستورى ولا تتوقف على إرادة المشرع العادى الذى يتكفل فقط بمجرد تنظيمها[3].

ويلاحظ أن الدستور المصرى فى الباب الثالث (المواد ٤٠ ـ ٦٢) تحت عنوان الحريات والحقوق والواجبات العامة لم يميز بين ما يعتبر حقا وما يعتبر حرية، ولكنه تضمن أنواعا من الحريات هى الحرية الشخصية (المادة ٤١)، وحرية العقيدة (المادة

---

(١) Michel Verpeaux, op. cit., p.144.

(٢) Rivero, la jurisprudence du conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la déclaration de 1789, (conseil constitutionnel, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, colloque des 25 et 26 Mai 1989, PUF, 1989).
Sériaux, Sermet et Viriot - Barrial, Droits et libertés fondamentaux, op. cit., p.8.

(٣) انظر: Franck Moderne, op. cit., pp. 238, 239.

٤٦)، وحرية الرأى (المادة ٤٧)، وحرية الصحافة والطباعة والنشر (المادة ٤٨)، وحرية البحث العلمى (المادة ٤٩)، وتضمن أنواعا من الحقوق هى الحق فى المساواة (المادة ٤٠)، والحق فى حرمة المسكن (المادة ٤٤)، والحق فى الحياة الخاصة (المادة ٤٥)، وحق المواطن فى عدم إبعاده عن البلاد (المادة ٥١)، وحق الهجرة (المادة ٥٣)، وحق الأجنبى فى الالتجاء السياسى، وحق الاجتماع الخاص (المادة ٥٤)، وحق تكوين الجمعيات (المادة ٥٥)، وحق إنشاء النقابات والاتحادات (المادة ٥٦)، وحق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأى فى الاستفتاءات (المادة ٦٢).

ويبين من استقراء الحريات التى كفلها الدستور المصرى أن تحديد مضمون الحريات ينال قسطا أكبر من التقدير والاختيار من صاحبها، بخلاف الحقوق فإن مضمونها لا يتوقف ممارسته على هذا القسط من التقدير والاختيار.

ومن ناحية أخرى، فإن ما أثير من جدل حول الطابع الأساسى للحقوق ينطبق كذلك على الحريات حيث وصفت بـ «الأساسية»، حين تنال قيمة دستورية. والواقع إنه فى مجال الحماية الدستورية لا مجال للتمييز بين ما هو أساسى أو غير أساسى فى مجال الحقوق والحريات. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر شمول الحقوق والحريات لكل من الحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[1]. إشارة لاستيعابها حقوق الإنسان فى جيلها الأول والثانى، وتأكيدها لطابعها الأساسى طالما أنها نالت الحماية الدستورية[2].

١٧- دور القوانين المكملة للدستور فى تحديد نطاق الحقوق والحريات الأساسية

عرف الدستور المصرى ما يسمى بالقوانين المكملة للدستور فى معرض بيانه لما يؤخذ فيه رأى مجلس الشورى (المادة ١٩٥) وقد عرف الدستور الفرنسى ما يسمى بالقوانين العضوية (Lois organiques). وتخضع هذه القوانين فى إعدادها والتصويت عليها لإجراءات تختلف عن تلك التى تخضع لها القوانين العادية. وقد حدد الدستور الفرنسى

(١) المحكمة الدستورية العليا فى ٢ مارس سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٣٠ ص ٥٢٠.

(٢) انظر ما تقدم بند ١٥.

نطاق تطبيق القوانين العضوية بالموضوعات المتعلقة بتنظيم السلطة التنفيذية (المواد ٦ و١٣ و ٢٣)، وتنظيم السلطة التشريعية (المواد ٢٤ و ٢٥ و ٢٧ و ٣٤) وتنظيم المجلس الدستورى (المادتان ٥٧ و ٦٣) وتنظيم السلطة القضائية (المادتان ٦٤ و ٦٥) وما يتعلق ببعض المجالس والتنظيمات الخاصة (المادتان ٧١ و ٨٢).

وقد أخذ الدستور الإسبانى الصادر سنة ١٩٧٨ بفكرة القوانين العضوية وعرفها بأنها القوانين المتعلقة بتطور الحقوق الأساسية والحريات العامة والتى تتعلق أيضا بالانتخابات العامة (المادة ٨١) وأضاف هذا الدستور موضوعات أخرى أوجب تنظيمها بقانون أساسي الاستفتاء (المادة ٩٢/ ٣) وإعلان الأحكام العرفية (المادة ١١٦/ ١؛ وتنظيم القضاء (المادة ١٢٢) وتنظيم المحكمة الدستورية العليا (المواد ١٦١ و ١٦٢ و ١٦٥) وغير ذلك من الموضوعات [1].

وفى رأينا أن تحديد القوانين المكملة للدستور يتوقف على معيارين متكاملين أحدهما شكلى والآخر موضوعى. أما المعيار الشكلى فيبدو فى النصوص الدستورية غير الصالحة للتطبيق بذاتها مباشرة والتى تحتاج إلى قانون يحدد مضمونها وشروطها، مثال ذلك الحق فى التنقل (المادة ٤١)، وحرمة المساكن (المادة ٤٤)، والحق فى الحياة الخاصة (المادة ٤٥)، وحرية الصحافة (المادة ٤٨)، والحق فى الاجتماعات العامة (المادة ٥٤).

ويلاحظ فى هذا الصدد أن المعيار الشكلى ينصرف إلى القانون فيما يتعلق بتحديد مضمون الحق وشروطه لا فيما يتصل بالمسائل التنظيمية التى لا تمس الحق فى جوهره. ويتجلى المعيار الموضوعى فيما يتعلق بالوظيفة الأساسية للدستور، بوصفها عملا ينظم سلطات الدولة واختصاصها وعلاقات بعضها ببعض، ويحمى الحقوق والحريات. وفى هذا الصدد نصت المادة (١٦) من إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن بأن كل مجتمع لا تكفل فيه الحقوق ولا يتحدد فيه الفصل بين السلطات يعتبر خاليا من الدستور.

وفى هذا الاتجاه ذهبت المحكمة الدستورية العليا فى مصر فى حكمها الصادر بتاريخ ١٥ مايو ١٩٩٣ [2] إلى أن شرطين يتعين اجتماعهما معًا لاعتبار مشروع قانون معين مكملا للدستور:

---

(١) انظر الدكتور على عبد العال سيد أحمد فى فكرة القوانين الأساسية، سنة ١٩٩٠، ص ٢٦ و ٢٧.

(٢) فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية (دستورية)، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٢٢ ص ٢٦٠.

(أولهما) : أن يكون الـدستور ابتـداء قد نص صراحـة فى مسألة بعينهـا على أن يكون تنظيمها بقانون أو وفقـا لقانون أو فى الحدود التى يبينها القانون أو طبقـا للأوضاع التى يقررها . فإن هو فعل، دل ذلك على أن التنظيم بلغ فى تقـديره درجة من الأهمية والثقل لا يجوز معها أن يعهد به إلى أداة أدنى .

(ثانيهما) : أن يكون هذا التنظيم متصـلا بقاعدة كلية ممـا جرت الوثائق الـدستورية على احتوائها وإدراجها تحت نصوصها ، وتلك هى القواعد الدستورية بطبيعتها التى لا تخلو منها فى الأعم أية وثيقة دستورية ، والتى يتعين لكى يكون التنظيم التشريعى محكما لها أن يكون محددا لمضمـونها مفصلا لحكمها مبينا لحدودهـا ، بما مؤداه أن الشرط الأول وإن كان لازما كأمر مبدئى يتعين التحقق من تـوافره قبل الفصل فى أى نزاع حول ما إذا كان القانون المعـروض أولا يعد مكملا للدستور، إلا أنه ليس وحـده شرطا كافيا ، بل يتعين لاعتبار القانون كذلك ، أن يقوم الشرطان معا متضافرين استبعادًا لكل قانون لا تربطه أية صلة بالقواعد الدستورية الأصلية بل يكون غريبا عنها مقحما عليها . واجتماع هذين الشرطين مؤداه أن معيار تحديد القوانين المكملـة للدستور، والتى يتعين أن يؤخذ فى مشروعـاتها رأى مجلس الشورى قبل تقـديمها إلى السلطـة التشريعية ، ليس شكليـا صرفا بل يجب أن تتوافر فيها العناصر الموضوعية التى أوضحنا بيانها .

ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر لم تحدد المقصود بالقواعد الكلية التى تتضمنها الوثائق الدستورية عـادة ، وضربت مثالا لذلك هو ما يتعلق بصون استقلال السلطـة القضـائيـة . ويـدخل فى إطـار هـذه الـوظيفـة مـا يتعلق بتحـديـد الحقـوق والحريات ، ونرى ـ كمـا بينا من قبل ـ أن هـذه القواعد الكلية هى التى تتصل بالوظيفة الأساسية للدستور ـ لا تلك التى أضـفى عليهـا الدستور مجرد قيمة دستورية . وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا حين قصرت المعيار الموضوعى على القواعد الدستورية بطبيعتهـا التى لا تخلو منهـا فى الأعم أية وثيقـة دستوريـة ، مما يفيـد عدم التقيـد بكل القواعد التى تضمنها الدستور.

وفى ضوء ما تقدم لا يعتبر قانونا مكملا للـدستور، القانون الذى لم يتطلب الدستور صدوره فى مسألة بعينهـا ، ولا القانون المتصل بقاعدة دستورية مـن غير القواعد الكلية التى جرت الـوثائق الدستـورية عـادة على تضمنها ، ولا القانـون الذى لا تربطـه صلة

عضـوية بتلك القـواعـد الكلية، كـالقـانـون الذى يصـدر إعمالا لنص المادة ١٤ من الدستور محددا أحوال فصل العاملين بغير الطـريق التأديبى، والقانون الصادر فى شأن العفو الشامل على مـا تقضى به المادة ١٤٩ من الدستور أو القانـون الذى ينظم التعبئة العامة وفقـا لنص المادة ٨١ منه. وهما مثالان أوردهما حكم المحكمة الدستـورية العليا سالف الذكر.

ويلاحظ أن القوانين المكملة للدستور تأخذ مـرتبة القوانين العادية، ومن ثم فيجوز التفـويض فيهـا من مجلس الشعب طبقـا للمادة ١٠٨ من الـدستور، إلا أن تعـديلهـا يتطلب اتخاذ الإجراء نفسه الـلازم لصدورها ابتداء، وهـو أخذ رأى مجلس الشورى، إلا أنه لا يشترط أخذ رأى مجلس الشورى عند التفويض فى هذا النوع من القوانين، باعتبار أن الـدستـور قد أورد على سبيل الحصر الأحكـام الـواردة بـالدستـور فى المواد الخاصـة بمجلس الشعب والتى تسرى فى شأن مجلس الشورى، وليست المادة ١٠٨ من بين هذه المواد (انظر المادة ٢٠٥ من الدستور).

ولا تملك القوانين المكملة للدستور سوى قوة القانون(١). ولا يجوز تعديلها إلا بنفس الإجراءات المقررة لإصدارها (أى بعد أخـذ رأى مجلس الشورى). ومخالفة هذه القوانين فى لائحة لا تعتبر فى ذاتها مخالفـة دستورية إلا بقدر انتهـاكها للمبدأ الدستـورى الذى نظمه القـانون المكمل للـدستور، وإن كان فى ذاتـه يعتبر سببًا لعـدم مشروعيتها بسبب عدم تقيدها بأحكام القانون، وهو ما يستقل بتقريره القضاء العادى المختص.

وفى صـدد هذه القـوانين يبـاشر مجلس الشورى بـوصفـه مجلسا نيـابيـا اختصاصـا تشريعيًا، طالما أن رأيه فى مشروعاتها يعتبر خطوة ضرورية فى البنيان الدستورى للقانون.

ومن ناحية أخرى، لا يلزم عرض القرارات التى تكون لها قوة القانون والتى يصدرها رئيس الجمهورية طبقـا للمادة ١٤٧ من الدستور، على مجلس الشورى إذا كـانت لها قوة القوانين المكملة للدستور(٢)، وذلك بـاعتبـار أن المادة ١٤٧ قد أوجبت عـرض هـذه

---

(١) انظر بشأن القوانين الأساسية فى فرنسا:

Camby J.P; La loi organique dans la constitution de 1958, Revue de droit public et de la science politique, No. 5, 1989, p.14 25

(٢) وهو ما ذهبت إليه هيئة المفـوضين بالمحكمة الدستورية العليا فى تقريرها عن الـدعوى الدستورية رقم ١٤ سنة ١٧ قضائية «دستورية».

القرارات على مجلس الشعب وحده فى مواعيد معينة وفقا لأوضاع معينة ، كما أن نص المادة ١٩٥ من الدستور لم يحتم أخذ رأى مجلس الشورى إلا فى مشروعات القوانين المكملة للدستور. وليست القرارات التى لها قوة القوانين بمشروعات قوانين . كما أن تحديد اختصاص مجلس الشورى مستمد من الدستور على الوجه المبين به . ولا يجوز القياس فى مسائل الاختصاص ، بالإضافة إلى أن أخذ رأى مجلس الشورى ضمان لازم فى بنيان القانون المكمل للدستور عند إنشائه ، لا فى إقرار ما تم من قرارات لها قوة هذا القانون مما تحكمه حالة الضرورة. هذا فضلا عن أن المادة ٢٠٥ من الدستور التى نصت على سريان بعض المواد الخاصة بمجلس الشورى لم تتضمن المادة ١٤٧ من الدستور.

المبحث الثـــانى

التحديد الدستورى غير المباشر

للحقوق والحريات

١٨ـ دور القضاء الدستورى

تكفلت الرقابة على دستـورية القوانين بالتدقيق فى تطويـر مفهوم الحقوق والحريات التى يجب أن تحظى بالقيمة الـدستورية ، فلا يمكن أن تعلو سيادة القـانون إلا بتوطيد قيم الحقوق والحريـات فى النظام القانـونى الديمقراطى . فكل من الحقـوق والحريات التى يكفلهـا الدستـور لها أثـر حـاسم على مسيرة الديمقـراطيـة وممـارسات سلطـات الدولـة . وعلى سبيل المثال، فإن حـرية التعبير، وحـرية الاجتماع، والمســاواة، وحقوق الدفاع تعتبر حاجزا فى مواجهة السلطة. ومن ثم كان تحديد ما يعتبر أساسيا فى الحقوق والحريات مما يحميه الدستور، أمرًا محوريا ولازما لحسن إدارة سلطات الدولة [١].

والـدستور هـو المرجع فى تحديـد الحقوق والحريـات، فـالتشريع حين يـوفر ضمانـا للحقوق والحريـات يضمن ممارســة الحقوق والحريات التى يحميهـا الدستـور على وجه معين فى حدود سلطته التقديرية [٢].

فالدستور هو مصدر الحقوق والحريات، والتشريع ينظم ممارستها، وفى سبيل ذلك

---

(١) انظر: Pierre Fouche; contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux dans les états de droit: convergence des solutions en occident et idées pour l'Afrique des droits fondamentaux, les droits fondamentaux, Actes des 1 ères journées scientifiques du réseau droits fondamentaux de l'Aupelf - UREF tenues à Tunis du 9 au 12 Octobre 1996, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 349.

(٢) انظر: François luchaire; le conseil constitutionnel, Tome II, Jurisprudence, première partie: l'individu, Economica, 1998, p.63.

يمكن أن يكـون مصـدرًا لضمانـاتها . وهـو فى تحديـده لهذه الضمانـات يجرى الموازنـة الضرورية بين احترام الحقوق والحريات ، وبين حماية النظـام العام أو المصلحة العامة ، والتى بدونها لا يمكن ضمان ممارسة هذه الحقوق والحريات[١].

ولقد أدى القضاء الدستورى دورا حاسما فى تطـوير معنى ونطاق الحقوق والحريات التى يجب أن تكفلها الدولـة ، حتى قيل بأن تأكيد القضاء الدسـتورى لحقوق الإنسان ودعمها الشديد يعتبر أحد الظواهر الملحوظة فى القانون الدستورى المعاصر[٢].

على أن القضاء الدسـتورى اتجه ابتداء إلى الاعتماد فى تحديد هذه الحقـوق والحريات على إرادة المشرع الـدسـتـورى ، من خـلال مـا يضعــه من قـواعــد فى صيغـة النص الدستورى، وهو ما نسميه بالأساس الشكلى للشرعية الدستورية . وقد أدى هذا الاتجاه إلى أن يعتمـد القاضى الـدستورى فى تفسيره لنصـوص الـدستور على البحث عن نيـة واضعى نصـوص الدستـور. وكـان من أهم أمثلة هـذا الاتجاه الـدول التى مارس فيهـا القضاء العادى مهمة الرقابة على دستورية القوانين ، من تلقاء نفسه ، دون نص صريح يعطيه هذا الاختصاص . فمثلا ، جرى قضاء المحكمة العليا الأمريكية بادئ الأمر إلى اعتنـاق اتجاه ضيق فى التفسير، فذهب إلى أن مبـدأ المساواة فى العنصر لا يتعـارض مع التمييز العنصرى [٣]، لكى تعتنق مبدأ المسـاواة مع التفرقة (Equal but separate)،

---

(١) François Luchaire, op. cit., p.84.

(٢) جاء ذلك فى الخطبة التـى ألقاها Paladin فى ٥ يونية سنـة ١٩٨٦ بمناسبة مرور ثلاثين عامـا على ممارسة المحكمة الدستورية الإيطالية لمهامها .

(Annuaire International de Justice constitutionnelle, 1986, p.639 - 700.

(٣) Plessy v. ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

حيث ذهبت المحكمة العليـا الأمريكية فى هـذه القضية إلى أن التعـديل الدستورى الـرابع عشر استهدف تحقيق المساواة المطلقة بين العنصرين (الأبيض والملون) أمام القانون، ولكن طبيعة الأشياء تحول دون إلغاء التمييز المبنى على اللون، وأن الفصل بين مقاعد كل مـن الركاب البيض والملونين فى وسائل النقل لا يعنى تقليل قيمة أحـد العنصرين بالنسبـة إلى الآخر. وتطبيقا لـذلك قضى بأنه لا مخالفـة لمبدأ المساواة فى قـانون الولاية الذى يمنع مدرسة خاصة من التدريس للبيض والسود معًا .

(Berea college V. kentucky, 211 U.S.45 (1908).

وقد عدلت المحكمة الاتحادية العليا عن هذا القضاء سنة ١٩٥٤ فى قضية Brown v. board of education حيث أكدت هذه المحكمـة أن إنكار تكافؤ الفـرص بين البيض والسود فى تعليم متساو وتحت تأثير العنصر فقط سوف يـؤدى إلى تعميق الشعور بالانحطـاط لدى العنصر الأقل حظا مما يخل بمبـدأ المساواة أمام غيره .

وأن عقوبة الإعدام ليست مخالفة للدستور فيما يتعلق بمنع العقوبة القاسية . وقد عدلت المحكمة العليا الأمريكية عن هذا الاتجاه بعد ذلك ، فأكدت تفوق حقوق الإنسان ، وأدمجت مبدأ الحرية الشخصية الذى نص عليه التعديل الرابع عشر للدستور الخاص بالولايات الأمريكية ، مع جميع الحريات الأخرى التى كفلتها التعديلات العشرة الأولى للدستور الأمريكى والتى تتعلق بالقوانين الاتحادية فقط [١].

وعلى هذا المنوال ، اتجه القضاء فى بداية النصف الثانى من القرن العشرين فى كل من أستراليا ونيوزيلندا والدانمارك إلى اتباع منهج التفسير الضيق لنصوص الدستور فيما يتعلق بالحقوق والحريات الأساسية .

كما ظهر هذا الاتجاه على يد القضاء الهولندى إلى أن تم تعديل الدستور سنة ١٩٧٥ . وسارت على ذلك المحكمة الفيدرالية السويسرية ، والمحاكم العليا فى أمريكا اللاتينية . ولم يقف الأمر عند القضاء العادى عند ممارسة سلطة الرقابة على دستورية القوانين فى اعتناق هذا التفسير الضيق ، بل اتبع كذلك هذا المنهج فى التفسير بعض القضاء الدستورى المتخصص ، مثال ذلك المحكمة الدستورية فى النمسا حتى الثمانينيات حيث ذهبت فى تفسير النصوص الدستورية المتعلقة بحقوق المواطن الواردة فى القانون الأساسى الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٨٧ إلى الاعتماد على الأفكار التى عبر عنها واضعو الدستور، كما قضت فى حكمها الصادر فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٧٤ بشأن قانون يعاقب على الإجهاض ، بأن المحكمة مازالت متمسكة بقضائها الذى ينصرف إلى تحديد الحقوق الدستورية بالحقوق التى تسمح للمواطنين بحمايتهم فى مواجهة الدولة ، دون الحقوق التى تتطلب تدخل الدولة لمصلحتهم[٢].

كما سار المجلس الدستورى فى فرنسا بادئ الأمر فى ذات الاتجاه ، فرفض التسليم بدستورية حقوق الإنسان التى لم ترد صراحة فى نصوص الدستور [٣].

---

(١) The constitution of the United States, annotations of cases decided of by the supreme court of the United States to June 29, 1992, U.S. Government, printing office, Washington, 1996, p.723.

(٢) انظر فى هذا الموضوع :

Michel fromont, la justice constitutionnelle dans le monde , op. cit., p.115-117.

(٣) انظر: Michel Framon, la justice constitutionnelle dans le monde, Dalloz, 1996, p. 116.

إلا أن هـذا الاتجاه فى التفسير الضيق لنصوص الـدستـور لم يدم طـويلا، فقـد اتجه القضاء الـدستورى فى كثير من البلاد إلى التـوسع فى التفسير بالنسبة إلى تحديـد الحقوق والحريات[1].

وقـد ذهبت بعض الـدسـاتير إلى تقنين هـذا التفسير الـواسـع فى تحديـد الحقـوق والحريـات؛ فنص دستور كل من أسبـانيـا والبرتغال على مبـدأ أن النصوص المتعلقـة بالحقوق «الأساسية» يجب تفسيرها وفقا للإعلان العالمى لحقوق الإنسان (وأضاف إليها الدستـور الأسبانى المعـاهدات والاتفاقيـات الدوليـة المتعلقة بحقـوق الإنسان) . ومن ناحية أخرى، أقام الدستور الأسبانى تدرجا بين هذه الحقوق، فحدد نوعا من الحقوق يمكن الدفاع عنه مباشرة أمام القضاء من خلال دعاوى الأفراد، ونوعا آخر من الحقوق يقيد المشرع فقط ، إلا أنه لا يمكن إثارته أمام القضاء إلا بالطريق الذى حدده القانون

---

(١) وقد أخذ بهذا التفسير الواسع كـذلك القضاء الدستورى فى ألمانيا وإيطاليـا . ومن أمثلة ذلك أن المحكمة الدستوريـة الاتحادية الألمانية استخلصت حقا جديـدا لم يرد صراحة فى الدستـور الألمانى هو الحق العام فى الشخصية الـذى يعطى كل فرد حقـا فى احترام شخصيته، وخـاصة فيما يتعلق بـالحق فى حياتـه الخاصة (Fromont, chronique, revue de droit public, 1975, p. B 9).

انظر: R.Herzog, Rapport Allemend, Annuaire International de Justice constitutionnel, Economica, 1990, p.18.

كما اتجهت المحكمـة الدستـورية الإيطـاليـة فى حكمها رقم ٥٦١ الصـادر سنة ١٩٨٧ إلى إقـرار الحق فى الحرية الجنسية ضمن الحقوق التى لها حرمتها "Droits inviolables" والمنصوص عليها فى المادة الثانية من الدستور.

انظر: M. Eromont, constitutionnelle dans le monde, op. cit., p. 118.

واستخلص جانب من الفقـه الدستورى الإيطالى إلى أنـه يمكن استخلاص حقوق لها حرمتهـا (أو حقوق أساسية) لم ترد صراحة فى الدستور. وقد لوحظ أن إضفاء القيمة الدستورية على هذه الحقوق لم يعتمد على المادة ٢ من الدستور الإيطـالى، وإنما على مصادر أخرى منها الإعلان العالمى لحقـوق الإنسـان سنة ١٩٤٨ والعهد الدولى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سنة ١٩٦٦ .

انظر: Massimo Luciani, Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1990, p.162 - 166

كما اتجهت المحكمة الفيـدرالية السـويسرية إلى إضفـاء القيمة الـدستورية على كثير من الحقـوق مثل حق الملكية ، والحريـة الشخصية، وحرية التعبير، وحـرية اللغة، وحـرية الاجتماع، وحرية الإعـلام، وقالت المحكمة إن الحرية غير المنصوص عليها هى أحد الشروط الـلازمة لمباشرة غيرها من الحريات أو هى عنصر لازم فى النظام الديمقراطى.

(انظر: M. Fromont, op. cit., p. 119.

وانظر: Arthur Haeeliger, Rapport suisse, Annuaire constitutionnelle,1990, p.195 - 215.

(المادة ٥٣) . كما اهتمت المحكمة الدستورية الإيطالية بتطوير مفاهيم قانون العقوبات الإيطالى المسمى بتقنين Rocco الذى صدر سنة ١٩٣٠ إبان عهد الدكتاتورية الفاشية، على نحو تتفق فيه مع المبادئ الديمقراطية، فأكدت على ضمانات حقوق الدفاع، وأعلنت بطلان النصوص التى خولت الشرطة سلطات واسعة على المواطنين[1]، وذلك قبل صدور الدستور الإيطالى الحالى الذى كفل صراحة المبادئ الديمقراطية للحقوق والحريات.

وهكذا، فإن القضاء الدستورى لم يعتمد فى تحديد الحقوق والحريات على قواعد الدستور، بل اعتمد على مبادئه العامة التى يستخلصها من الدستور ذاته.

وسوف نرى كيف أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر قد أقامت فى مقام تفسير الحقوق والحريات على منهج يجمع بين كل من فكرة القانون الطبيعى حول حقوق الإنسان كما رددتها إعلانات حقوق الإنسان، وفكرة العالمية التى عبرت عنها جميع مواثيق حقوق الإنسان، وفكرة الوضعية القائمة على النظام الديمقراطى، ومبدأ سيادة القانون (فى الدولة القانونية) .

وفيما يلى نعرض لمنهج كل من المحكمة الدستورية العليا فى مصر، والمجلس الدستورى فى فرنسا، والمحكمة العليا الأمريكية . وكل من هذه الجهات يمثل نموذجا فريدا فى القضاء الدستورى .

١٩ـ موقف المحكمة الدستورية العليا فى مصر

حددت المحكمة الدستورية العليا فى مصر[2] مضمون القاعدة القانونية التى تسمو فى الدول القانونية عليها، وتتقيد بها، فى ضوء المستويات التى التزمتها الدول الديمقراطية باطراد فى مجتمعاتها . ففى هذه القاعدة القانونية لا يجوز للدولة القانونية أن تنزل بالحماية التى توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن الحدود الدنيا المقبولة بوجه عام فى الدول الديمقراطية .

---

(١) Antonio Baldessare, The impact of the constitutional court on the Italien code and constiu-tional princples, (Nouvelles études pénales, le systémes comparés de justic, pénale le la diversité au repproihement, no. 17 1998, p. 342).

(٢) انظر حكم المحكمة الدستورية فى ٤ يناير ١٩٩٢ و ٢ يناير سنة ١٩٩٣ سالفى الذكر.

وانتهت المحكمة الدستـورية العليا إلى أن خضوع الدولة للقانـون يعنى عدم إخلال تشريعاتها بـالحقوق التـى يعتبر التسليم بها فى الدول الـديمقراطيـة مفترضا أوليـا لقيام الدولة القـانونية وضمانة أساسية لصـون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيتـه المتكاملة. وينـدرج تحتها طـائفة من الحقـوق تعتبر وثيقة الصلـة بالحريـة الشخصية التى كفلهـا الدستـور. وفى هذا المعنى نص الإعلان العـالمى للديمقراطية الـذى أقره مجلس الاتحاد البرلمانى الدولى فى دورته الحادية والستين بعد المائة (القاهرة فى ١٦ سبتمبر ١٩٩٧) على أن الديمقراطيـة لا تنفصم عن الحقوق المنصوص عليها فى الوثائق الـدولية، وأنها تقوم على سيادة القانون ومباشرة حقوق الإنسان (المادتان ٦ و ٧ من الإعلان)[١].

وواضح من هذه المعانى أن المحكمة الدستـورية العليا فى مصر قد اتخذت المستوى الذى تلتـزم به الـدول الديمقـراطية فى قواعـدها القـانونيـة وفى احترام حقوق المواطنين والحريات معيارا وضـابطا لرقابتهـا الدستورية على القواعـد التشريعية التى تتعلق بهذه الحقوق. وهـذا الذى أخذت المحكمـة الدستـورية يتعلق بسلطتها فى تفسير القـواعد الدستـورية ولا يعنى مطلقا أن إعلانـات حقوق الإنسان أو الاتفاقيـات المتعلقة بها لها قيمة دستورية فى حد ذاتها.

ومؤدى هذه النظرية أن المحكمة الـدستورية العليا تتمسك بحقوق الإنسان المسلم بها فى الدول الديمقـراطية. وقد وصل بها الأمـر تطبيقا لهذا المبدأ إلى عدم الـوقوف عند معنى الحرية الشخصية التى كفلها الدستور، بل اشترطت ألا تخل التشريعات بالحقوق التى تعتبر وثيقـة الصلة بهذه الحريـة الشخصية رغم عـدم ورودها صراحـة فى نصوص الدستور المصرى، ومنها ألا تكون العقوبة الجنائيـة التى توقعها الدولة بتشريعاتها مهينة فى ذاتها، أو ممعنة فى قسوتها[٢]، أو متضمنة معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد[٣]،

---

(١) وقد أكد المستشار عوض المر الرئيس السابق للمحكمة الدستورية العليا فى مصر فى تقريره المقدم إلى لجنة الخبراء التى وضعت الأسـاس الفكرى الـذى انبثق منه الإعـلان العـالمى للديمقـراطية، أن الـديمقراطيـة تتضمن الحقوق والحريات التى تهدف إلى إتاحة الفرصة لجميع الأفراد لممارسة نفوذهم ورقابتهم على الحكومة.
(Union Parlementaire, La Democratie, Geneve, 1998, p. 49.).

(٢) (انظر المادة ٧) من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.

(٣) دستورية عليا فى ٤ ينـاير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ سنة ٨ قضائية «دستوريـة»، الجريدة الرسمية فى ٢٣ ينـايـر سنـة ١٩٩٢ (العـدد ٤)، ٢ ينـايـر سنـة ١٩٩٣ فى القضيـة رقم ٣ لسنـة ١٠ قضـائيـة «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ (العدد ٢).

وألا يكون النص العقابى غـامضا بحيث يخفى مضمونه على أوساط النـاس باختلافهم حول فحواه ومجال تطبيقه وحقيقة ما يرمى إليه [(١)].

ومن تطبيقـات هـذا المنهج فى التفسير الـواسع فى مجال الإجـراءات الجنـائيـة ؛ استخلاص مبـدأ عدم جواز معـاقبة الشخص مـرتين عن فعل واحد[(٢)]، وعدم جواز تقييد حرية المتهم فى إبداء دفاعه فى مدة معينة يحددها القانون [(٣)] مما لا يجوز معه تقييد حق المتهم بالقذف بطريق النشر فى حق كل موظف عام ومن فى حكمه فى إثبات صحة الوقـائع التى يستند إليهـا عند أول استجـواب له وعلى الأكثر فى الخمسـة الأيام التـالية (المادة ١٢٣ إجراءات)، وحق كل متهم فى اختيار محاميه الـذى يكون محل ثقته، مما لا يجوز معه لقـانون المحـاماة أن يحظـر على فئة من المحـامين مباشرة المهنـة أمام المحـاكم الجزئية أو الابتدائية أو ما فى حكمها [(٤)]، وسلطة القاضى فى تفريد العقاب استخلاصا من مبدأ معقولية العقوبة وإنسانيتها [(٥)]. كما استخلصت المحكمة من الحق فى محاكمة عادلة (منصفة) الحق فى سرعة الفصل فى الدعوى [(٦)].

٢٠ـ موقف المجلس الدستورى الفرنسى

لا خـلاف حـول القيمة الـدستـوريـة للحقـوق والحريات العـامـة التى يتضمنهـا الدستور. وإنما يدق الأمر بالنسبة إلى مـا لم ينص عليه الدستور، فقد لوحظ أن نصوص

---

(١) دستورية عليا فى ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية» ، ٢ يناير ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية . الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ (العدد ٢) .

(٢) دستوريـة عليا فى ٢٣ يناير سنـة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائيـة «دستورية» الجريدة الـرسمية العدد (٩ تابع) . ، ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» سالف الذكر.

(٣) دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٨ فبراير سنة ١٩٩٣ (العدد ٧) .

(٤) دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية» .

(٥) دستورية عليـا فى ٢ أغسطس سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية «دستوريـة»، و ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، وأول سبتمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٣٠ لسنة ١٨ قضـائية دستوريـة . وقارن عكس ذلك قرار المجلس الـدستورى فى فرنسـا الصادر فى ١٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١ . (Rec., p.15) .

(٦) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية ر قم ٦٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٨) فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ .

الدستور فى هذا الشأن قد تكون غير كافية مما جعل المجلس الدستورى يتجه إلى إعطاء القيمة الدستورية إلى الحقوق والحريات التى تضمنها إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن الصادر ١٧٨٩ (١) ، ومقدمة دستور ١٩٤٦ ، التى أشارت إلى المبادئ الأساسية المعترف بها فى تشريعات الجمهورية . كما أعلن المجلس الدستورى كذلك عدم دستورية النصوص التى تخالف مقدمة دستور ١٩٨٥ التى أوردت تمسك الشعب الفرنسي بحقوق الإنسان (٢) .

وأكد المجلس الدستورى أيضا دستورية مبدأ حماية الكرامة الإنسانية من واقع مقدمة وديباجة دستور ١٩٤٦ (٣) . كمبدأ دستورى بمناسبة قانونين سنة ١٩٩٤ يتعلقان بحماية جسم الإنسان فى مواجهة التبرع واستخدام أعضائه فى العلاج ، وبمناسبة قانون عام ١٩٩٥ يتعلق بالحق فى السكنى ، حيث أكد حق كل إنسان فى مسكن لائق ، حماية لكرامته الإنسانية (٤) .

ومن ناحية أخرى ، اعتمد المجلس الدستورى على مبدأ (الحرية الشخصية) المنصوص عليها فى المادة ٦٦ من الدستور لكى يستخلص منها عددًا من الحقوق الدستورية مثل الحق فى الحياة الخاصة (٥) ، والحق فى الحصول على مسكن ملائم (٦) . واتجه المجلس الدستورى فى ١٨ سبتمبر ١٩٨٦ إلى الربط بين القيم الدستورية والديمقراطية ، فقرر أن تعدد تيارات التعبير الاجتماعى الثقافى هو بذاته أحد أهداف القيمة الدستورية ، وأن احترام هذا التعدد هو أحد شروط الديمقراطية . وقيل بأن هذا الاتجاه سمح للمجلس الدستورى أن يعطى توجيهات إلى المشرع حول ما يجب أن يكون عليه مضمون النصوص التى تتعلق بأهداف القيمة الدستورية (٧) . واستخلص المجلس

---

(١) Decision No. 74 - 54 Dc. du 15 janvier 1975, Recueil Jur. const (1959 - 1993), p.30.

(٢) J.Rivero; Les Libertés publiques, T. I., 1973, p. 147, 148.

(٣) D. Rousseau, "Chronique de Jurisprudence Constitutionnelle, 1993 - 1994, R.D.P., 1995, p. 55.

وانظر: Déc. No. 94 - 343 - 344 du 27 Juillet 1994.

(٤) La dignité de la personne humaine, Economica, 1999, op. cit., p.4.

(٥) Dec. 93 - 325 D.C. du 13 aout 1993, Recueil Jur. const., p.539.

(٦) Dec. 94 - 359 D.C. du 19 Janvier 1995, J.O., 1995, p. 1166.

(٧) Droit Constitutionnelle et droits de l'homme, Rapport Francais 11 congrés Mondial de L'Association de droit constitutionnelle Paris 1987, collection droit positif, 1987, p. 263.

الدستورى من مقدمة دستور ١٩٤٦ التى أشارت إلى المبادئ الأساسية المعترف بها فى تشريعات الجمهورية، أن حماية حرية الاجتماع تتضمن أيضا حماية العناصر المقررة فى تشريع أصدرته الجمهورية الفرنسية فى أول يولية سنة ١٩٠١ ومقتضاه أن حرية تكوين الجمعيات تتم بغير شكليات وبغير إخطار سابق، وأن الشخصية القانونية للجمعية تتم بمجرد إعلان وجودها. وقضى المجلس الدستورى بناء على ذلك بعدم دستورية النص التشريعى الذى أوجب مباشرة إجراء معين خاضع لرقابة القضاء حتى تكتسب الجمعية شخصيتها القانونية(١).

وباستقراء قرارات المجلس الدستورى الفرنسى نجد أنه قد أقر بوجود نوعين من المبادئ الدستورية فى صدد الحقوق والحريات: نوع أول يضم فى الدستور مباشرة الحقوق والحريات المحمية، مثل حق الملكية، والحق فى الإضراب، والحرية الشخصية. وهذه المبادئ لها قيمة دستورية مؤكدة. أما النوع الثانى من المبادئ فهى وإن كانت غير محمية مباشرة فى الدستور، إلا أن المجلس الدستورى وجدها بمثابة المتحدث الدستورى "porte parole Constitutionnel" لمبادئ أخرى نص عليها الدستور مباشرة(٢).

فمثلا بناء على مبدأ المساواة الذى نص عليه الدستور راقب المجلس الدستورى مدى دستورية مبدأ محاكمة المتهمين أمام محكمة متعددة القضاة(٣). وبناء على مبدأ

---

(١) Décision No.84 - 174 du 25 Juillet 1984, Recueil jur. const (1959 - 1993), p.188.

وقد لاحظ المجلس الدستورى أن إقليمى الالزاس واللورين مازالا محكومين بقانون ألمانى صدر فى ١٩ إبريل سنة ١٩٠٨ أخضع وجود الجمعية على شرط تسجيلها الخاضع لرقابة إدارية وقضائية، وذهب المجلس الدستورى إلى أن هذا القانون يخالف الشروط اللازمة لإعمال الحريات العامة فى مجموع الأراضى الفرنسية، إلا أنه لم يستطع أن يقضى بعدم دستوريته وذلك لأن المجلس الدستورى يأخذ بنظام الرقابة السابقة. وقد عبر المجلس الدستورى عن أسفه لذلك، وخاصة أن القانون الألمانى سالف الذكر لم يكن له تأثير على القانون المطعون عليه أمام المجلس الدستورى والذى كان متعلقا فقط بالعلاقة بين الجمعية وموظفيها.

انظر قرارى المجلس الدستورى فى ١٩ إبريل سنة ١٩٩٤، وفى ٢ أغسطس سنة ١٩٩١ مشارا إليهما فى:
F. Luchaire, op. cit., pp.66,67.

(٢) Nicolas Molfessis; La Dimension constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux, (Droits et libertés fondamentaux, sous la Direction de Remy Cabrillac, Marie - Anne Erison - Roche, Thierry Revet, Salloz, 1996, p.59.

(٣) Déc No. 75 - 56 du 23 Juillet 1975, Recueil jur. const., (1959 - 1993),

حريـة الالتزام بـالعمل استخلص المجلس الحماية الدستـورية لبعض مظـاهر حـرية التعاقد [١].

والخلاصة فإن المجلس الدستورى يستخلص الحقوق والحريات المحمية بالدستور، من مبادئ الـدستور التى تضمنتهـا نصوصه مبـاشرة، أو من مقدمتـه التى أحالت إلى مفهوم حقـوق الإنسان؛ كما وردت فى إعلان حقـوق الإنسان والمواطن؛ وكـذا المبادئ الأسـاسيـة المعترف بها فى تشريعات الجمهـوريـة، وغيرهـا مما ورد فى مقدمـة دستـور ١٩٤٦، أو كنتيجة لازمة لحقوق أخرى نص عليها الدستور صراحة.

٢١ـ المحكمة العليا الأمريكية

وفى الـولايـات المتحـدة الأمـريكيـة اتجهت المحكمـة الاتحاديـة العليـا منـذ بـدايـة السبعينيات فى مقام تحديد المقصود بالحريـة إلى أن فكرتها تتجاوز مجرد التحرر من تقييد حركة الإنسان لكى تتضمن تقريبا كل الحقوق التى تهم الفرد. واتجهت المحكمة العليا إلى أن العبارات التى نـص عليها التعديل الـرابع عشر للدستـور الأمريكى بـالنسبة إلى شرط استعمال الوسـائل القانـونية "Due process of Law" الـذى يضمن تطبيق العنصر الموضوعى لمبدأ سيادة القانون (وهو حماية الحقوق والحريات)، تنصرف إلى فكرة واحدة تتضمن جميع المصالح ذات القيمة الإنسانية، والتى تندرج تحت مجموعة حقوق الإنسان.

وتطبيقا لـذلك استخلصت المحكمـة العليا الأمـريكية القيمـة الدستـورية الحق فى الحياة الخاصة "Right of Privacy" من شرط استعمال الوسـائل سالفة الـذكر [٢]، وأضـافت المحكمة العليـا بأن الحقوق المتعلقـة بـالشخص هى فقط التى تعتبر حقوقـا أساسيـة أو حقوقـا ضمنية للحق فى (الحريـة) الذى كفلـه التعديل الـدستورى الـرابع عشر [٣].

وفى المجال الجنـائى عنيت المحكمـة العليا الأمـريكية فى مجال استخـلاص الحقوق

---

(١) Gerald Gunther, Individual Rights in constitutional Law, 1992, pp. 254, 255.

(٢) Eisenstadt V. Baird, 405, U.S., 438 (1972).
Roe V. Wade, 410 U.S. 113, 153 (1973).

(٣) Palko V. connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937).

والحريات الأساسية بأن تبحث فيها إذا كان التشريع مطابقا لشرط الوسائل القانونية أم لا. وفى هذا الصدد انتهت إلى أن التشريع الذى يكتنفه الغموض فى النص يعتبر مخالفا لهذا الشرط [1].

كما أكدت المحكمة العليا الأمريكية أن شرط الوسائل القانونية الوارد فى التعديل الدستورى الرابع عشر ليس مقيدا بالضمانات الواردة فى إعلان الحقوق Bill of rights[2].

وخلاصة ما تقدم، أن استخلاص مضمون الحقوق والحريات لا يتوقف على ما نص عليه الدستور الأمريكى بتعديلاته المختلفة، ولا يتوقف على ما تضمنه إعلان الحقوق، وإنما يتسع لما يتضمنه شرط الوسائل القانونية، مما يعطى للمحكمة سلطة واسعة فى استخلاص المراد بهذه الحقوق والحريات حتى تتحقق سيادة القانون. ويضاف إلى ذلك التوسع فى تفسير مدلول الحرية لاستخلاص بعض الحقوق والحريات.

* * *

وفى ضوء ما تقدم يبين أن كلا من المحكمة الدستورية العليا فى مصر، والمجلس الدستورى فى فرنسا، والمحكمة الاتحادية العليا فى الولايات المتحدة الأمريكية، لم يتقيد فى مجال التفسير بما ورد صراحة ومباشرة فى نصوص الدستور بشأن الحقوق والحريات التى تضمنها الشرعية الدستورية، بل تم استخلاص هذه الحقوق من مجموعة من المعايير تستخلص من إعلانات حقوق الإنسان؛ والتفسير الواسع لبعض الحقوق، بما يؤدى إلى استخلاص حقوق أخرى ترتبط بها ارتباطا لازما، ومقتضيات الدولة القانونية، والديمقراطية . ويكشف هذا الاستخلاص حقيقة هامة هى التلازم بين الطابع الأساسى للحقوق والحريات والحماية الدستورية، فكل ما يعتبر أساسيا ينال قيمة دستورية، والعكس بالعكس ويعتمد الطابع الأساسى على معايير حقوق الإنسان، و الدولة القانونية، والديمقراطية. فجميع حقوق الإنسان يعتبر لازما للدولة

---

(١) Cantwell V. connecticut, 310 U.S. 296, 308 (1940).

(٢) Chambers V. Mississipi, 410 U.S. 284 (1973).
Mullaney V. Wilbu, 421 U.S. 684 (1975).
Hicks V. Oklahoma, 447 U.S. 343 (1980).

القانونية (أى لسيادة القانون) وفقا لمفهوم الديمقراطية ، ومن ثَمَّ تعتبر حقوقا (وحريات) أساسية ؛ فتنال القيمة الدستورية تبعا لذلك بناء على قيام الدستور على مبادئ ثلاثة هى حقوق الإنسان ، وسيادة القانون ، والديمقراطية .

وكل هذه المعايير الثلاثة متساندة متكاملة ؛ فسيادة القانون والديمقراطية تتطلب احترام الحقوق والحريات التى ترتد إلى مفهوم حقوق الإنسان وأبعادها المتطورة . فالدولة ذات المجتمع الديمقراطى هى التى يتذوق فيها الإنسان حقوقه المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، لأن الدول الدكتاتورية لا تعرف حقوق الإنسان بمعناها الحقيقى .

وإذا كانت الشرعية الدستورية للحقوق والحريات ترتكز على الوثيقة الدستورية ، فإن الشرعية الدولية لحقوق الإنسان ترتكز أساسا على كل من ميثاق الأمم المتحدة ، والإعلان العالمى لحقوق الإنسان (١٩٤٨) ، والعهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية (١٩٦٦) ، والعهد الدولى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (١٩٦٦) . فقد تضمنت هذه الوثائق الدولية الأربع حقوق الإنسان بما يجعلها مدونة عالمية للحقوق الإنسانية [١]. وبالنسبة إلى ميثاق الأمم المتحدة (١٩٤٥) فلقد أكد مقصد الأمم المتحدة فى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا على ذلك دون تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ، أو تفرقة بين الرجال والنساء (المادة ١/٣) ، كما أكدت (المادتان ٥٥ و ٥٦) حق الشعوب فى تقرير المصير وفى احترام حقوق الإنسان . ولقد أكدت محكمة العدل الدولية على القوة الالزامية لحقوق الإنسان التى وردت فى ميثاق الأمم المتحدة ، فقضت فى حجز الرهائن الأمريكيين فى إيران (USA vs, Iran) بأنه من الخطأ حرمان الإنسان من حريته و إخضاعه للقهر العضوى فى ظروف صعبة لا تتفق بوضوح مع مبادئ ميثاق الأمم المتحدة ، ولا مع المبادئ التى أوردها الإعلان العالمى لحقوق الإنسان [٢].

وسوف نرى كيف أن بعض الدساتير أقامت وحدة بين كل من الشرعية الدستورية للحقوق والحريات والشرعية الدولية لحقوق الإنسان ، مثل الدستور الألمانى .

---

(١) انظر الدكتور الشافعى محمد بشير ـ قانون حقوق الإنسان ـ طبعة ١٩٩٢ ص ، ٣٠ .

(٢) ICJ Reports, 1980, p. 42.

وانظر فى محكمة العدل الدولية وآرائها الاستشارية فى هذا المعنى : Nagendra Singh, Human Rights and the Future of Mankind, vanity Books, Delhi, 1981, p. 22- 28.

٢٢ـ حـــدود القـوة الإلزامية لقـواعد القانـــون الدولى المتعلقـة بحقوق الإنسان

تستمد القوة الإلزامية لقواعد القانون الدولى من القانون الداخلى الذى يمنحها هذه القوة. وقد خـلا الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر سنـة ١٩٤٨ من تحديد كيفية تنفيذه، فهو لا يعتبر اتفاقية دوليـة ولم يكن محلا لتصديق الدول الأعضاء. ولهذا ذهب البعض[١] إلى أن هذا الإعلان شأنـه شأن غيره من إعلانات حقوق الإنسـان ـ لـه تأثير أدبى وفلسفى محض، وأنه مجرد بيان بالغ العمـومية يعبر عن مبادئ غامضة لا يتضمن نصـوصا محددة قـابلـة للتنفيذ بل يحوى مجرد تأكيـدات لمبـادئ معينة. على أن محكمـة العدل الدولية أكدت على الأهمية القانونية للإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ فى قولها بأن هذا الإعلان يبين (المبادئ الأساسية للقانون الدولى[٢]). وفى نطاق الفقه الفـرنسى ذهب العميد ديجى [٣] إلى أن إعلان الثـورة الفرنسيـة لحقوق الإنسـان الصادر سنـة ١٧٨٩ يلزم المشرع لأنـه يعبر عن قواعد قـانونيـة أعلى مرتبـة من القوانين العادية بل هـو أعلى من القانون الدستـورى نفسه ويتميز عنه. وجـاء هوريو [٤] فأكد بدوره أن سكوت الدستور الفرنسى عن ذكر حقوق الإنسان لا يحول دون اعتبار القانون الطبيعى الذى يعبر عنـه إعلان ١٧٨٩ أسمى من الدولـة. وقد جاء الدستـور الفرنسى الصادر سنـة ١٩٥٨ كما بينا من قبل فنص فى مقـدمته على أن الشعب الفـرنسى يعلن تمسكه بصفـة رسمية بحقوق الإنسـان المبينة فى إعلان حقـوق الإنسان والمواطن فى ٢٦ أغسطس سنـة ١٧٨٩، وكذلك المبـادئ الأسـاسية المعترف بها فى قـوانين الجمهوريـة (وخـاصة تلك التـى قررتها الجمهـوريـة الثالثـة) والمبـادئ ذات الطبيعـة الاقتصاديـة والاجتماعية التى تضمنتها مقـدمة الدستور الصادر فى ٢٧ أكتوبـر سنة ١٩٤٦. وبناء على ذلك استقر المجلس الدستـورى الفرنسى على عدم دستورية القـانون الذى يخالف مقدمة هذا الدستور [٥].

---

(١) A. Esmein; Elements de droit constitutionnel, 8 ed. T.I., pp. 591 et S. R. Carre Dr. Malberg, contribution a la théorie de l'Etat, t. II, pp. 578.

(٢) Nagendra Singh, p. suiv.

(٣) Duguit, Traité de droit constitutionnel, 3 ed., t. III, pp. 599 et S.

(٤) Hauriou; droit constitutionnel et l'institutions politiques, 1966, p. 189.

(٥) A. Esmein; Elements de droit constitutionnel, 8 ed. t. I. pp. 591 et S.R. Carré Dr. Malberg, contribution a la théorie de l'état, t. II, pp. 578.

وإذا نظرنا إلى الدستور الألمانى نجد أنه فى المادة ٢٥ منه قد نص على أن القواعد العامة فى القانون الدولى التى تتضمن عناصر حماية حقوق الإنسان لها أثر مباشر فى الجمهورية الاتحادية الألمانية وتطبق مباشرة فى المحاكم الألمانية. وبذلك استخلص الفقه الألمانى أن القواعد العامة للقانون الدولى التى تحمى حقوق الإنسان لها قيمة دستورية فى ألمانيا الاتحادية[١].

وفى البرتغال نص الدستور على أنه تعتبر مخالفة دستورية كل القواعد التى تخالف نصوص الدستور أو المبادئ التى أكدها. وقد ثار البحث فى ضوء ذلك حول مدى اختصاص القضاء الدستورى بالرقابة على دستورية التشريع للاتفاقية الدولية. وفى هذا الصدد اختلف موقف الدائرة الأولى للمحكمة الدستورية البرتغالية عن موقف دائرتها الثانية. فبينما ذهبت الدائرة الأولى فى عدة أحكام متتالية، إلى أن مخالفة أية اتفاقية دولية بواسطة التشريع الداخلى تؤدى إلى عدم دستورية القواعد التشريعية المخالفة، وتخضع للرقابة الدستورية للمحكمة[٢]؛ فقد ذهبت الدائرة الثانية بطريقة مضطردة إلى أن العيب الذى يشوب القاعدة التشريعية المخالفة للاتفاقية الدولية مهما وصف بعدم الدستورية غير المباشرة لا يخضع إلا للرقابة الدستورية التبعية أمام المحاكم العادية [٣] (وهو ما تأخذ به البرتغال بجانب الرقابة الدستورية أمام المحكمة الدستورية).

على أنه بالنسبة لمخالفة القواعد الخاصة باتفاقية إنشاء المجتمعات الأوروبية، فإنه طبقا للمادة ٨ من الدستور البرتغالى تطبق قواعد هذه الاتفاقية فى النظام القانونى الداخلى، مما أدى إلى اعتبار مخالفتها انتهاكا للقواعد الدستورية التى تحدد علاقة التدرج بين مختلف القواعد القانونية[٤].

---

(١) Roman Herzog, Rapport Allemand; Annuaire International de justice constitutionnelle, 1990, p.22.

(٢) الأحكام رقم ٢٧ (١٩٨٤)، ٦٢/ ١٩٨٤ و ٢٤ سنة ١٩٨٥ و ٢٤٠ سنة ١٩٨٦ مشار إليها فى:
Almeida; Le Tribunal constitutional Portugais, Annuaire International de Justice constitutionnel, Economica, 1987, p. 203.

(٣) الأحكام رقم ٤٧ سنة ١٩٨٤ و ٨٨ سنة ١٩٨٧ و ٢٥٢ سنة ١٩٨٦ مشار إليها فى:
Almeida, op. cit., p. 203.

(٤) Almeida, op. cit., p. 204.

وبالنسبة إلى الدستور النمساوى الاتحادى، فقد نصت المادة ٩٥/ ١ منه على أن المبادئ العامة للقانون الدولى العام تعتبر جزءًا لا يتجزأ من القانون الاتحادى. وذهبت المحكمة الدستورية الألمانية بناء على ذلك إلى أن المبادئ العامة للقانون الدولى تأخذ قوة القانون الاتحادى، ولا تخضع مخالفتها للرقابة الدستورية(١).

وبالنسبة إلى الدستور الأسبانى فقد نصت المادة ١٠/ ٢ منه على أن القواعد المتعلقة بالحقوق الأساسية والحريات التى عرفها الدستور تفسر وفقا للإعلان العالمى لحقوق الإنسان ووفقا للمعاهدات والاتفاقيات الدولية حول الموضوعات نفسها. على أن ذلك لم يمنع من القول بأن نصوص المعاهدات الدولية ليست لها قيمة دستورية(٢).

وإذا نظرنا إلى الدستور المصرى لسنة ١٩٧١ نجد أن وثيقة إعلانه قد أشارت إلى التزام جماهير شعب مصر أن تبذل كل الجهود لتحقيق الحرية الإنسانية المصرية وإدراك أن إنسانية الإنسان وعزته هى الشعاع الذى هدى ووجه خط سير التطور الهائل الذى قطعته البشرية نحو مثلها الأعلى، وأن كرامة الفرد انعكاس طبيعى لكرامة الوطن، «ذلك أن الفرد هو حجر الأساس فى بناء الوطن، وبقيمة الفرد وبعمله وبكرامته تكون مكانة الوطن وقوته وهيبته، وأن سيادة القانون ليست ضمانا مطلوبا لحرية الفرد فحسب، لكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة فى نفس الوقت. وهذه المقدمة فيها تأكيد واضح على الالتزام بالحرية للإنسان المصرى وبكرامته وقيمته. ولكنها لا تحيل بشكل واضح إلى أية وثيقة من وثائق حقوق الإنسان. على أن مقدمة الدستور وحدها لاتتضمن قواعد دستورية قائمة بذاتها ولكنها تعبر عن مبادئ دستورية، وإنما تحدد المقاصد التى عناها المشرع الدستورى من هذه القواعد. وسوف نرى فيما بعد عند تحديد مناط الرقابة الدستورية أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر قد اعتبرت مقدمة الدستور جزءًا فى الوثيقة الدستورية من حيث التعبير عن مقاصد القواعد الدستورية التى تضمها(٣).

---

(١) انظر: Siegbert Morscher, Rapport Autrichien, Annuaire International de la Justice constitutionnelle, Economica, 1990, p.56.

(٢) Rodriguez - Piner Y Bravo Ferre et J. Leguina villa, Annuaire Internationale de la Justice constitutionnelle, Economica,1990, p.119.

(٣) انظر دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٧ (تابع) فى ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧.

وقد رأينا كيف أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر قد استخلصت الحقوق والحريات من طبيعة النظام الديمقراطى وجعلت لما استخلصته قيمة دستورية تلتزم بمراعاتها التشريعات، ولكن ذلك لا يعنى أن الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان لها فى حد ذاتها قيمة دستورية ملزمة.

وواقع الأمر، أنه إذا كانت إعلانات حقوق الإنسان تمثل عرضا أخلاقيا وفلسفيا لهذه الحقوق، فإن الدستور فيما يتعلق بها يعتبر تقنينا للسلوك السياسى يخاطب سلطات الدولة.

وقد حاول البعض أن يصور هذه الحقوق على أن القواعد التى تتضمنها فوق الدستور (normes supra - constitutionnelles) ، باعتبارها حقوقا طبيعية. ولكنه كما لوحظ بحق أنها حقوق طبيعية لأن الشعب أراد ذلك "c'est naturel parce que vous le voulez" ، فلا شىء فوق إرادة الشعب، وهذه الإرادة هى التى تضع الدستور[1].

٢٣ - الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان

ويلاحظ أنه بالنسبة إلى الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، و نعنى بذلك العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦ والعهد الدولى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (١٩٦٦) فضلا عن بعض الاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان[2]، فإنها تتميز بذاتها بالصفة الإلزامية كجزء من القانون الداخلى بعد اتخاذ

---

(١) انظر: Serge Anné, Existe il des normes supra - constitutionnelles Revue de droit public, 2 - 1993, p. 16 - 112.

(٢) مثل اتفاقية منع الاتجار بالأشخاص واستغلالهم فى الدعارة (١٩٤٩)، واتفاقية الحقوق السياسية للمرأة (١٩٥٢)، واتفاقية وضع الأشخاص عديمى الجنسية (١٩٥٤)، واتفاقية جنسية المرأة المتزوجة (١٩٥٧)، واتفاقية خفض حالات انعدام الجنسية (١٩٦١)، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (١٩٦٧)، والاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين (١٩٥١) والبروتوكول (١٩٥٣) واتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج لعام ١٩٦٢ واتفاقية حقوق الطفل (١٩٥٩).
هذا بالإضافة إلى الاتفاقية الخاصة بمنع الرق (١٩٢٦) والبروتوكول (١٩٥٣) والاتفاقية التكميلية (١٩٥٦)، واتفاقيتى الحرية النقابية وحماية حق التنظيم النقابى (١٩٤٨ و ١٩٤٩)، واتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها (١٩٤٨) واتفاقية منع السخرة (١٩٥٧) واتفاقية التمييز فى مجال الاستخدام والمهنة (١٩٥٨) والاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصرى (١٩٦٥) والاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصرى (١٩٧٣) واتفاقية سياسة العمالة (١٩٩٤) واتفاقية علاقات العمل (١٩٧٨) واتفاقية منع التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية أو المهنية (١٩٨٤).

الإجراءات الدستورية التى تعطيها هذه الصفة (انظر المادة ١/١٥١ , ٢ من الدستور المصرى). وقد عنيت المحكمة الدستورية العليا فى مصر فى حكمها الصادر فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ بالإشارة إلى الحقوق التى تضمنتها الاتفاقيات الدولية فى مقام الحديث عن الحقوق التى يعتبر التسليم بها فى الدولة الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان. على أنها أكدت القيمة الدستورية لهذه الحقوق لا على أساس اعتبار أن القواعد فى هذه الاتفاقيات لها قيمة دستورية فى حد ذاتها، وإنما على أساس آخر هو أن التسليم بالحقوق ــ لا بالقواعد الدولية ــ فى الدولة الديمقراطية يعتبر مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية، وهو ما يعنى الجمع فى فكر واحد بين الديمقراطية وسيادة القانون (عماد الدولة القانونية)، فهما فى حقيقة الأمر متلازمان مترابطان. فالحقوق لها قيمة دستورية باعتبارها أحد مفترضات النظام الديمقراطى، أما أداة التعبير الصريح عن هذه الحقوق وهى الاتفاقيات الدولية فليست لها قيمة دستورية. فالحقوق ذات القيمة الدستورية وإن تجسدت من الناحية المادية فى الاتفاقيات الدولية، إلا أن استخلاصها بطريق غير مباشر من النظام الديمقراطى للدولة ومن مبدأ سيادة القانون، يعنى أن مصدرها هو الدستور لا الاتفاقيات الدولية. على أنه يجب التنويه إلى موقف خاص بالدستور الفرنسى فى هذا الصدد، فقد نصت (المادة ٥٥) من هذا الدستور على أن المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية لها مرتبة أسمى من مرتبة التشريعات. وقد استخلص من ذلك أن حقوق الإنسان التى نصت عليها المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية تتمتع بقوة قانونية أسمى تفوق قوة التشريع. وقد أخذ بذلك النظام القانونى البلجيكى، كما قضت محكمة النقض البلجيكية بوضوح تفوق قواعد القانون الدولى الواردة فى المعاهدات على قواعد القانون الداخلى.

وقد أكد المجلس الدستورى الفرنسى فى ٣ سبتمبر سنة ١٩٨٦ مبدأ سمو القانون الدولى على القانون الداخلى تطبيقا (للمادة ٥٥) من الدستور الفرنسى سالفة الذكر. ومع ذلك فإن هذا السمو له حدوده، فهو لا يصل إلى مرتبة القانون الدستورى الداخلى[1]، فلقد نصت (المادة ٥٤) من الدستور على أنه إذا تضمن الاتفاق الدولى

---

(١) ولهذا قضى المجلس الدستورى الفرنسى بأن مهمته تنحصر فى التحقق من مطابقة التشريع للدستور، لا مطابقة التشريع للاتفاقيات الدولية.

Décision du 15 Janvier1975.

شرطا يخالف الدستور، فإن الترخيص بالتصديق أو الموافقة عليه لا يصح قبل تعديل الدستور[1].

وقد رأينا كيف أن قواعد القانون الدولى تأخذ مرتبة دستورية فى بعض الدساتير مثل الدستور الألمانى[2].

وفى مصر لا تسمو المعاهدات ولا الاتفاقيات الدولية على القانون الداخلى، بل تكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة (المادة ١٥١ من الدستور). ومن ثم فإنها تخضع للشرعية الدستورية.

وإذا نظرنا إلى القوة الإلزامية للمعاهدات أو الاتفاقيات الدولية، نجد أن نفاذ هذه المعاهدات أو الاتفاقيات إلى القانون الداخلى يتم بإرادة الدولة لا بقوة المعاهدة أو الاتفاقية فى حد ذاتها قبل أن تدخل نطاق التشريع الداخلى وفقا للدستور، وذلك بأحد طريقين:

(الأول): وقد اعتنقته بعض الدول مثل المملكة المتحدة وألمانيا، ويقضى بأنه يتعين لتطبيق القاضى الوطنى للاتفاقية الدولية أن يحولها المشرع إلى تشريع وطنى داخلى. ولا يؤدى التصديق على الاتفاقية إلى اعتبارها جزءا فى القانون الداخلى.

(الثانى): وقد اعتنقته بعض الدول الأخرى، ويقضى بأن الاتفاقية الدولية تعتبر جزءا من التشريع الداخلى بمجرد التصديق عليها وفقا للإجراءات المنصوص عليها فى الدستور، مثال ذلك مصر، بلجيكا، بولندا، سويسرا، تركيا، لوكسمبورج، فرنسا، أسبانيا وإيطاليا[3].

وقد لوحظ فى أوروبا تعدد الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان. فبالإضافة إلى العهدين الدوليين للأمم المتحدة بشأن الحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الاجتماعية والثقافية والاقتصادية الصادرين لسنة ١٩٦٦ وجدت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٥٠، واتفاقية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لمجتمعات الدول المستقلة (والتى كانت جزءا من الاتحاد السوفيتى سابقا) لسنة ١٩٩٥. وظهرت

---

(١) Droit constitutionnel et droits de L'homme, op. cit., p. 265.

(٢) انظر بند ٢٢ فيما تقدم.

(٣) Jacques Robert, Rapport Général, op. cit., pp.793-797.

على هذا النحو ظاهرة التطور السريع لما يسمى بالقانون الدولى لحقوق الإنسان "Droit International des droits de L'homme". وأصبح أمام القاضى الوطنى عديد من النصوص الدولية لحقوق الإنسان. ولاشك أن تعدد الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان قد يثير بعض المشكلات القانونية خشية تضاربها.

ومعالجة هذه المشكلة يجب أن يتم بمنطق يختلف عن منطق القانون الدولى التقليدى، وذلك لأن اتفاقيات حقوق الإنسان تتعلق بعلاقة الأفراد بدولهم بغية تمتعهم بأفضل معاملة لحقوقهم فى مواجهة الدولة، وتعتبر جزءا من القانون الداخلى لأطرافها. هذا بخلاف الحال فى بعض الاتفاقيات الدولية الأخرى فإنها تفرض التزامات متقابلة بين الدول المتعاقدة.

وقد ثار البحث حول مدى تأثير الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على الأنظمة الدستورية لهذه الحماية. ولاشك أن هذا التأثير يتوقف على موقع هذه الاتفاقية فى مصادر القانون فى الأنظمة الدستورية الأوروبية[١].

وبداية، فإن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان اعتبرت جزءا من النظام القانونى لعدد من الدول الأوروبية (بلجيكا، ألمانيا، أسبانيا، اليونان، إيطاليا، لوكسمبورج، البرتغال، هولندا، فرنسا). وتأخذ قواعد هذه الاتفاقية مرتبة أعلى من مرتبة القواعد التشريعية "Supralégislatif" فى بلجيكا وأسبانيا وفرنسا واليونان ولوكسمبورج وهولندا والبرتغال، وتأخذ مجرد مرتبة القواعد التشريعية فى ألمانيا وإيطاليا. بينما لم تعتبرها بعض الدول الأوروبية (الدانمرك، أيرلندا، المملكة المتحدة) جزءا فى قانونها الداخلى، إلا أن ذلك لم يحل دون تأثيرها على القضاء الوطنى فى هذه الدول، فقد أخذ هذا القضاء بعين الاعتبار لما تتضمنه من قواعد، فى مقام تفسير القانون الداخلى حتى لا يتناقض مع قواعد هذه الاتفاقية[٢]. ومن ناحية أخرى فقد نصت الاتفاقيات على مجموعة من الضمانات لكى تلتزم الدول الأعضاء فيها باحترام حقوق الإنسان التى نصت عليها[٣].

---

(١) Joél Rideau; La coexistance des systémes de protection des droits fondamentaux dans la communauté Européene et des Etats membres, Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1991, p.11-64.

(٢) Joél Rideau, op. cit., p.12.

(٣) انظر: Joe Verhoeven; Les garanties internatianales des droits fondamentaux, (L'effectivité des droits fondamentux dans les pays de la communauté francophone, 1994, op. cit., pp. 439 - 446).

وفى مقام مـدى اعتبار الحقـوق والحريات التى تتضـمنها الاتفـاقية جـزءا من الكتلة الدستورية للحقوق والحريات اختلفت مواقف الدول .

ففى فرنسـا رفض المجلس الدستورى اعتبـار تطبيق هذه الاتفاقيـة خاضعا لرقـابته الدسـتورية ، معتبرا ذلـك أمرا يدخـل فى اختصاص القضـاء العادى[1]. وفيما يتعلـق بأحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسـان فى إستراسبورج ، فإنها لا تحوز سوى حجية نسبية للأمر المقضى ، إلا أنها تسهم فى إيضاح وحماية وتطوير قواعد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وتسهم فى فرض احترامها بواسطة الدول الأعضاء[2].

وقد لوحظ أن المحاكم الدستورية الأوروبيـة قد استعانت بقواعد الاتفاقية الأوروبية لحقـوق الإنسان فى مقـام تفسير النصوص الـوطنيـة وذلك مع مراعـاة قضاء المحكمـة الأوروبية لحقـوق الإنسان فى استراسبورج . وقـد تجلى ذلك بوضـوح فى قرارات المجلس الدستورى الفرنسى فيما يتعلق بمبدأ المساواة أمام القانون [3] وأمام القضاء[4]، واحتجاز الأجنبى الـذى تقـرر إبعـاده[5]، وشروط القبض الـــذى يمارســـه مأمـــور الضبط القضائى[6]، وإبعاد الأجانب[7]. وتأكـد ذلك أيضـا فى محكمة التحكم البلجيكيـة ، والمحكمة الدستورية الألمانية التى أشارت إلى أحكام المحكمة العادلة (المنصفة) فى مدة قصيرة ، وأصـل البراءة [8]. كما تأثرت المحكمـة الدسـتورية الأسبـانية بـالضمانات التى نصت عليها الاتفـاقية الأوروبية لحقـوق الإنسان فى ضوء أحكام المحكمـة الأوروبية ، مثال ذلك ما يتعلـق بتعبير المحكمة المحايدة ، ومدى جـواز الجمع بين وظيفتى قاضى التحقيق وقاضى الحكم . وقـد تعددت إشارة المحكمة الـدستورية الأسبانيـة إلى قضاء

---

(١) أكد ذلك فى قراره الصادر فى ١٥ يناير سنة ١٩٧٥ .
Décision 74 - 54 du 15 Janvier 1975.

(٢) Joél Rideau, op. cit., p.17.
وقد أشار إلى حكم المحكمة الأوروبية فى قضية أيرلندا ضد المملكة المتحدة الصادر فى ١٨ يناير سنة ١٩٧٨ .

(٣) Décision No. 86 - 209 Dc du 3 Juillet 1986, Recueil jur. const (1959 - 1993), p.266.

(٤) Décision No. 80 - 127 Dc des 19 - 20 Janvier 1981, Recueil, op. cit., p.91.

(٥) Décision No. 79 - 109 Dc du 9 Janvier 1980, Rec. p.29, décision No. 86 - 216 Dc du 3 Septembre 1986, Rec. p.141.

(٦) Déc. No. 80 - 127 Dc du 19 - 20 Janvier 1985, Rec. p.15.

(٧) Déc. No.86 - 216 Dec du 3 Septembre 1986, Rec. p.135.

(٨) Joél Rideau, op. cit., p.21.

المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان اعتمادا على نص المادة ١٠ / ٢ من الدستور الأسبانى الـذى ينص على أن القواعـد المتعلقة بـالحقـوق الأساسيـة والحريات التى نص عليهـا الدستور سـوف يتم تفسيرها وفقا للإعـلان العالمى لحقوق الإنسان ووفقـا للمعاهدات والاتفاقيات الدولية التى وردت على ذات الموضـوع والتى صدقت عليها أسبانيا . ومع ذلك فقد ثار البحث عن أثر استقلال المحكمة الـدستورية فى تفسيرها لحقوق الإنسان مع تفسير محكمة حقـوق الإنسان الأوروبية لهذه الحقـوق وعن أثر حكم هـذه المحكمة بناء على طلب الأفـراد إذا تناقض مع تفسير المحكمة الدستـورية الوطنية ، وخـاصة أن النظام الـدستورى الـوطنى لا يخضع لقضـاء جهة أجنبية . وقـد أدى تناقـض القضاء الدستورى الوطنى حول حقوق الإنسان مع قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان إلى إظهار الحاجة إلى ما يسمى بميثاق أوروبى قضائى للحقوق والحريات(١) .

وقد جـرت المحكمة الدستـورية الإيطاليـة على استخدام القـواعد الدوليـة المتعلقة بحقوق الإنسان لتفسير وتحديث الضمانات الدستورية والتشريعية لحقوق الإنسان . كما أن المحكمة الدستورية البرتغالية قد استخدمت إعلان حقوق الإنسان مقياسا لتفسيرها اعتمادا على المادة ١٦ من الدستور التى تنص على أن الحقـوق الأساسية التى نص عليها الدستور لا تستبعـد أية حقوق أخرى وردت فى التشريعات والقـواعد القانونيـة الدولية المطبقة ، وأن القـواعد الدستـورية والتشريعيـة المتعلقة بحقوق الإنسـان يجب تفسيرها وتطبيقها وفقا للإعلان العالمى لحقوق الإنسان(٢) .

ويثور البحث إذا مـا واجهت القاضى الـوطنى عدة اتفاقيـات دولية مختلفـة لحقوق الإنسان أصبحت جزءا لا يتجزأ من التشريع الداخلى. هنا يجب عليه أن يعمل على إزالة أى تضارب أو تنـاقض بينها . فإحـدى الاتفاقيـات قد تفرض حمايـة أوسع مما تفـرضه اتفاقية أخرى .

لقـد لوحظ فى معظم الاتفـاقيات المتعلقـة بحقـوق الإنسان مبـدأ تفوق مـا يسمى بالشرط الأكثر صـلاحية «La clause la plus favorable» فى صيغ مختلفـة تحدد الاتفاقيـة الواجبـة التطبيق فى حالة التنـاقض بين الاتفاقيات . وهنـاك نوعـان من هذه

---

(١) انظر: Jacque Robert, Rapport Général op. cit., pp.761,762.

(٢) مشار إليها فى مقال : Joél Rideau, op. cit., p.21 - 23.

الصيغ، إحداها تكفل تفوق اتفاقية أخرى على الاتفاقية الموقعة حديثا، والأخرى تكفل تفوق اتفاقية معينة على غيرها من الاتفـاقيات. وبالنسبة إلى النوع الأول من الصيغ فقد نصت المادة ٣٠/ ٢ من اتفاقية فيينـا بشأن قانون المعاهـدات صراحة على أنه إذا نصت معاهدة على خضـوعها لمعاهدة سابقـة أو لاحقة أو على عدم جواز اعتبـارها غير متفقة مع معـاهدة أخـرى، تطبق نصوص هـذه المعـاهدة. كما لـوحظ فى معظم معاهـدات (اتفاقات) حقـوق الإنسان وجود هذه الصيغة من الشرط الأكثر صـلاحية. مثال ذلك الاتفـاقية الأوربيـة لحقـوق الإنسان (المادة ٦٠)، والاتفـاقيـة الأمريكيـة (المادة ٢٩)، والميثاق الاجتماعى الأوربى (المادة ٣٢)، واتفـاقية مكافحـة التعذيب (المادة ١٧/ ١)، والعهد الـدولى للحقوق المدنية والسياسيـة (المادة ٢٢/ ٣)، والاتفاقية الخاصـة بحماية الأقليات (المادة ٢٣)، واتفاقية الأمم المتحـدة بشأن حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩ (المادة ٤١). ويتعين على القاضى الـوطنى فى هذه الحالـة تطبيق الشرط الأكثر صـلاحية على النزاع المطروح عليه[١].

أما النـوع الثانى من صيغ الشرط الأكثر صلاحيـة، فإنه يعطى الاتفاقية تفـوقا على غيرها من الاتفـاقيات. مثال ذلك الاتفـاقية المتعلقة بمحاربـة التمييز فى مجال التعليم والموقعـة فى ١٤ ديسمبر سنـة ١٩٦٠، فقـد نصت المادة العـاشرة منهـا على أنـه هـذه الاتفاقيـة لا تمس الحقوق التى يمكن أن يتمتع بها الأفراد أو الجماعـات طبقا للاتفـاقية المبرمة بين دولتين أو أكثر (بشرط أن هذه الحقوق لا تتعارض من حيث الحرفية أو الروح مع هذه الاتفاقية). فهذا مثال يوضح أن الاتفـاقية قد أوردت نصا على تفوقها فى حالة وجـود تنازع بينهـا وبين نص دولى آخـر. وقد لـوحظ أن هـذا النوع من الصيغ لم يعـد مستعملا، لأن نصـوص الاتفاقية التى تكفـل تفوقها الخاص على التعهـدات المستقبلة تعتبر باطلة[٢]، إذ لا يمكن التمسك بها سـواء فى اتفاقيـة تعقد مع دول أخـرى ليست أطرافا فى الاتفـاقية الأولى، أو فى اتفاقية لاحقة مع ذات الأطـراف فى الاتفاقية الأولى لما فى ذلك من مصادرة على إرادة الدول.

---

(١) Claudia Sciotti; La occurrence des Traités relatifs aux droits de l'homme devant le juge national, Bruylant - Bruxelles, 1997, p. 46 - 52.

(٢) K. Wolfram, "Conflit between treaties", Puplic international law Encyclopedia, vol. 7, 1984, p. 471.

وعند عدم وجود نص أو شرط فى الاتفاقية لحل التنازع المحتمل فإنه ما لم تعتبر إحدى الاتفاقيتين ناسخة للأخرى يتعين على القاضى أن يبحث فى نطاق القانون الدولى عن القواعد الواجبة التطبيق فى هذه الحالة(١).

٢٤ـ الترابط اللازم بين (حقوق الإنسان فى الدول الديمقراطية) والحماية الدستورية للحقوق والحريات

يجب التمييز بين القوة الإلزامية للاتفاقية المتعلقة بحقوق الإنسان بما لها من قوة القانون الداخلى بعد التصديق عليها طبقا للدستور، وبين الشرعية الدستورية لهذه الحقوق.

فالقوة الإلزامية للاتفاقية هى قوة القانون. أما الشرعية الدستورية فهى قوة الدستور أى إعطاء قيمة دستورية لحقوق الإنسان أيا كان مصدرها القاعدى.

ولا تضارب بين قوة القانون لبعض نصوص الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان، وبين الأخذ بمعانيها عند تطبيق الدستور. ذلك أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر لا تمنح جميع حقوق الإنسان الواردة فى الاتفاقيات الدولية قوة دستورية بحكم ورودها فى هذه الاتفاقيات، وإنما تستخلص ما يعتبر حدا أدنى فى الدول الديمقراطية لكى تمنحه فى مقام التفسير لا فى مقام التطبيق هذه القوة الدستورية. وتبدو أهمية ذلك عندما يخلو التشريع الداخلى من هذه الحقوق. فإذا تضمنها التشريع انتفت المشكلة محل البحث. فالمنهج الذى اتبعته المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن هو منهج التفسير الكاشف لمضمون القاعدة القانونية، لا يتعداه إلى إضفاء القيمة الدستورية على نصوص اتفاقيات حقوق الإنسان بوصفها كذلك. وقد رأينا أن المحاكم الدستورية الأوروبية قد اتبعت ذات المسلك بالنسبة إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وقد أوضحنا فيما تقدم أن المستوى الذى تلتزم به الدول الديمقراطية فى احترام حقوق الإنسان يمثل معيارا للشرعية يهتدى به المشرع الدستورى فى تحديد المراد بالحقوق والحريات للفرد فى مقام تحديد مضمون الشرعية الدستورية.

---

(١) Claudia Sciotti, op. cit., pp. 59 - 95.

وبالتـالى فهو ليس إلا ضوءا ينير النصوص الـدستورية فيما يتعلق بالشرعيـة فيحدد نطاقها ومقصدها فى الـدولة القانونية . وفى هذا الشأن تقول المحكمـة الدستورية العليا إن الدستور فوق كل هـامة يعتلى القمة من مدارج التنظيم القانونـى باعتبار أن حدوده قيد على كل قـاعدة تدنوه بما يحول دون خـروجها عليها وهـو ما عقد للدستـور السيادة كحقيقة مستقر أمـرها فى الوجدان والضمير الجماعى ، وهى بعـد حقيقة مستعصية على الجدل رددتها ديباجة دستـور جمهورية مصر العربية بإعلانها انعقـاد عزم الإرادة الشعبية التى منحتـه لنفسها على الـدفاع عنه وحمايتـه وضمان احترامه ، وليـس لأحد بـالتالى أن يكون لأحكام الدستور عصيا ، ولا أن يعرض عنها إنكارا لها [١].

فالدستور ليس عملا منغلقـا ، وإنما هو عمل منفتح دائم التكوين . هو عمل حى لا يتوقف نبضـه ، فهو دائم الحركة يعيش فى الحاضر ويتفـاعل مع المستقبل . وكما قال العميـد فيـدل ، فإن الـدستـور يقـول مـا (يجب) أن نفعلـه ولا يمكنـه أن يقـول مـا سنفعله[٢]. وفى هذا المعنى قـالت المحكمة الـدستوريـة العليا فى مصر (إن الـدستور وثيقة تقدمية لا ترتد مفاهيمها إلى حقبـة ماضية وإنما تمثل القواعد التى يقوم عليها التى صاغتها الإرادة الشعبية انطلاقا إلى تغيير لا يصد عن التطور آفاقه الواسعة) [٣].

ولعل هذا هو ما دفع المحكمة الـدستورية العليا فى مصر أن تكشف دون توقف عن حقوق الإنسان التى لا يتسع لها مدلول الحرية الشخصية وذلك فى ضوء المستوى المسلم به لهذه الحقوق فى الـدول الديمقراطية ، مثال ذلـك إعطاء القيمة الدستوريـة لمبدأ عدم جواز معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد [٤]، رغم عدم النص على ذلك صراحة فى الدستور [٥]، والحق فى رجعية القانون الأصلح للمتهم رغم عدم النص عليه صراحة فى

(١) الدستوريـة العليا فى ٥ فبراير ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٣ لسنـة ١٥ قضائية (دستورية)، الجريـدة الرسمية العدد ٨ فى ٢٤ فبراير ١٩٩٤ .

(٢) Vedel G. et Delvolve p. (La constitution, base du system juridique) Tournées de la société de législation comparée, Paris, ed., 1979.

وانظر تصريح رئيس مجلس الشعب المصرى فى مضبطة المجلس بتاريخ ٢٠ مـايو ١٩٩٣ بشأن اعتبار هذا التفسير أساسا لدستورية القوانين الاقتصادية التى أقرها المجلس .

(٣) الدستورية العليا فى ٤ يناير ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية (دستورية) السالف الإشارة إليه .

(٤) الدستورية العليا فى ٤ يناير ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية (دستورية)السالف الإشارة إليه ، ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية (دستورية) السالف الإشارة إليه .

(٥) نصت عليه المادة ١٤/ ٧ من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية (١٩٦٦) .

الدستور [1] ، واعتبار الحق فى تنفيذ الحكم حلقة من حلقات الحق فى التقاضى[2] وهو توسع سار على منهجه المجلس الدستورى فى فرنسا نظرا إلى أن الدستور الفرنسى قد أشار فى ديباجته إلى إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطن الصادر فى ١٧٨٩ . كما اتجهت المحكمة العليا الأمريكية إلى التوسع فى تفسير مدلول الحرية الشخصية .

وواقع الأمر فإنه إذا تأملنا فى نظامنا الدستورى نجد أنه نظام ديمقراطى (المادة الأولى) وبناء على ذلك يؤكد أن السيادة للشعب وحده، وهو مصدر السلطات، ويمارس الشعب هذه السيادة ويحميها (المادة الثانية). ويمارس الشعب هذه السيادة إما مباشرة من خلال الاستفتاء (المواد ٧٦ و ١٢٧ و ١٥٢) وإما بطريقة غير مباشرة من خلال التمثيل النيابى (المواد ٨٦ و ٨٧ و ٨٨) وتكفل النصوص الدستورية الحقوق والحريات العامة اللازمة لقيام النظام الديمقراطى، وتأكيد السيادة للشعب. من هنا كان تطابق معيار حقوق الإنسان وفقا للمستويات المسلم بها فى النظم الديمقراطية مع الشرعية الدستورية التى نصت على ديمقراطية نظام الدولة. يؤكد ذلك أن وثيقة إعلان الدستور المصرى التى أكدت التزام شعب مصر بتحقيق الحرية لإنسانية المصرى هى جزء من الدستور المصرى باعتبار أنها مع نصوص الدستور صدرت باسم شعب مصر.

ونبه إلى أن البنيان الدستورى للتشريع يشمل شكل القواعد التشريعية ومضمونها، ولا ينصرف إلى واقعة النشر فى الجريدة الرسمية اللازمة للعمل بالقانون، فهذه الواقعة لازمة لنفاذ التشريع لا لتكوينه. ومن ثم فإنه إذا لم ينشر القانون لا يكون معمولا به تطبيقا للمادة ١٨٨ من الدستور التى نصت على أن تنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها، ويعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها، إلا إذا حددت لذلك ميعادا آخر. وبعبارة أخرى، لا يعتبر النشر من القواعد

---

(١) انظر الدستورية العليا فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ قضائية (دستورية). الجريدة الرسمية العدد ٤٩ فى ٣ ديسمبر ١٩٩٢، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا حرة (المجلد الثانى) قاعدة رقم ٧ ص ٦٨ . نصت على هذا الحق المادة ١/١٥ من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية .

(٢) دستورية عليا فى ٣ إبريل فى القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية (دستورية)، مجموعة أحكام المحكمة العليا جـ ٥ (المجلد الثانى) قاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١ .

الدستورية التى تحكم البنيان الشكلى للتشريع لأنه واقعة يتوقف عليها نفاذ القانون لا تكوينه أو صحته، ويكون جزاء عدم النشر هو عدم إعمال القانون لا عدم دستوريته، ويرتب المسئولية السياسية للحكومة التى عطلت العمل بالقانون بسبب عدم نشره.

ومع ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا كان قرار رئيس مجلس الوزراء المطعون فيه قد أحال فى شأن تعيين حدود المحميات الطبيعية التى عينها إلى خريطة تبين موقعها، إلا أنها لم تنشر فإن القرار المذكور يكون قد جهل بحدود المحميات الطبيعية والتى يعتبر تعيينها مفترضا أوليا لإعمال النصوص العقابية التى تضمنها القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٩٣ المنظم لتلك المحميات [١]. ورغم أن واقعة النشر تخرج عن بنيان القانون، إلا أن التبرير الدستورى لهذا الحكم يعتمد على أن ما نشر من القرار اللائحى ينطوى فى ذاته على مخالفة دستورية تتعلق بتجهيل نصوص قانون العقوبات، ولا يكمله الجزء الذى لم ينشر لأنه غير معمول به. وطالما أن الرقابة الدستورية فى مصر تعتمد على التطبيق العملى للقانون، فإنها تنصرف إلى معانيه المنبثقة من نصوصه الحية المعمول بها فى مرحلة التطبيق ـ الأمر الذى يفترض نشرها ـ لا نصوصه فى مرحلة الإصدار. ومع ذلك إذا حدث إغفال نشر القانون برمته باعتباره واقعة لاحقة على إصداره، فإن هذا الإغفال لا يؤثر فى تكوين القانون، ويكون الجزاء هو عدم العمل بالقانون لعدم نشره برمته، باعتبار أن ما نشر لا يصلح وحده لتحديد حكم القانون، مما لا يجيز خضوعه للرقابة الدستورية.

---

(١) محكمة دستورية عليا فى أول أكتوبر سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية، الجريدة الرسمية فى العدد ٤٢ فى ٢٠ أكتوبر ١٩٩٤، ٣ يناير سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٣) فى ١٥ يناير سنة ١٩٩٨.

الباب الثـــالث

نظام الحماية الدستورية للحقوق والحريات

٢٥ـ تمهـــــيد

يكفل الدستور حماية الحقوق والحريات إما كفالة مباشرة من خلال قواعده، أو بطريق غير مباشر من خلال مبادئه وذلك بأن يترك للمشرع تحديد إطار هذه الحماية فى إطار مبادئ عامة يقررها ويوفر ضماناتها. ومن ناحية أخرى، وكأصل عام، يتدخل المشرع لتنظيم الحقوق والحريات.

ويثور البحث عما إذا كان من الممكن أن ينشأ تناقض بين الحقوق والحريات فى الوثيقة الدستورية الواحدة. فكيف يمكن حل هذا التناقض. وهل يمكن أن يحدث تناقض بين الحقوق والحريات وغيرها من القيم الدستورية التى تتطلبها حماية المصلحة العامة. مثال ذلك، أن مقتضيات المصلحة العامة تتطلب منح الدولة قدرا من السلطة لتمكينها من القيام بدورها فى تحقيق الأمن والعدالة. ويتجلى ذلك بوضوح فى قانونى العقوبات والإجراءات الجنائية. وفى إطار ذلك، تملك الدولة سلطة التجريم والعقاب لحماية المصلحة العامة سواء كانت متعلقة بصالح الجماعة أو صالح الفرد. وتملك كذلك سلطة اتخاذ الإجراءات الجنائية اقتضاء لسلطتها فى العقاب. وتتطلب ممارسة السلطة فى التجريم والعقاب، وفى اتخاذ الإجراءات الجنائية المساس بقسط معين من الحقوق والحريات التى كفلها الدستور.

إن حل هذا التناقض يتم بتحقيق التوازن بين الحقوق والحريات من جهة، وبين المصلحة العامة من جهة أخرى تحت مظلة الشرعية الدستورية. ويقتضى هذا التوازن وجود نظام قانونى تتوازن فيه الحقوق والحريات والمصلحة العامة وفقا لعلاقة التناسب

«lien de propotionnalité» بين القيم التى تحميهـا كل من القواعـد القانونيـة التى يتكون منها هذا النظام . وبالتوازن الـذى يتحقق بمعيار «التناسب» يتحدد نظام الحماية الدستورية للحقوق والحريات . ويستكمل هذا النظام شكله الدستورى من خلال مبدأ المسـاواة الذى يفترض تحقيق التنـاسب فى المعـاملـة من أجل ضمان التوازن بين الحقـوق والحريات ـ فيما بينها ـ وبين المصلحة العامة .

فالتوازن هو نظام الحماية الدستوريـة للحقوق والحريات ، وبداخله تتحدد المساواة . أما التناسب فهو معيار هذا النظام . وهو ما سنوضحه فيما بعد .

ونسجل أن هـذا الموضـوع هـو من الموضـوعـات الحاكمة فى تحديـد نطـاق الحمايـة الدستـورية للحقوق والحريـات . وفى ضوئه تمارس المحكمة الدستـورية العليا رقـابتها الدستورية .

الفصـل الأول

التوازن بين القيم الدستورية المختلفة

ندرس فيما يلى هذا الموضوع من خلال تحديد متطلبات التوازن داخل النظام القانونى ثم نبين بعض تطبيقات التوازن بين الحقوق والحريات من جهة وبين المصلحة العامة من جهة أخرى .

المبحث الأول

متطلبات التوازن بين القيم الدستورية المختلفة

٢٦ ـ أهداف النظام القانونى

يهدف القانون إلى حماية الحقوق والمصالح التى تشبع احتياجات الفرد والمجتمع ، فالإنسان بحكم طبيعته ، وبناء على عضويته فى المجتمع تتولد لديه حقوق وحريات تشبع احتياجات مختلفة ، كما يلتزم بواجبات عامة تقابل هذه الحقوق والحريات .

وبالنظر إلى تعدد الاحتياجات واختلافها ، قد تتعذر الموازنة بين الحقوق والحريات التى تشبع هذه الاحتياجات المختلفة وما يقابلها من واجبات عامة ، مما يؤدى إلى تعرضها للتناقض الواضح . وبدون حل هذا التناقض فإن الحياة الاجتماعية تصبح مسرحا للصراع الدائم والمستمر.

ولهذا كان من واجب الدولة ، من خلال الدستور والتشريع ، التوفيق بين الاحتياجات المتعارضة للأفراد والمصالح التى تشبعها عن طريق نظام قانونى يختار الحاجة التى يجب أن تحظى بالأولوية ويضمن حماية المصلحة التى تشبع هذه الحاجة[1]، ويكفل الحقوق والحريات التى يضفى عليها النظام القانونى حمايته ، ويقع الدستور فى قمة النظام القانونى الذى يكفل الحقوق والحريات لإشباع ما تحققه من مصالح هى الأجدر بالرعاية فى نظر المجتمع .

وبجانب احتياجات الأفراد والمصالح التى تشبعها من خلال الحقوق والحريات ، يتعين التوازن بين هذه الاحتياجات . ومن جهة أخرى ، توجد الاحتياجات العامة التى تتعلق بالمجتمع الذى تسيطر عليها سلطات الدولة مثل الحاجة الاقتصادية التى تتوقف على علاقات الإنتاج والتوزيع والاستهلاك ، والصحة العامة ، والتعليم ، والأمن والعدالة .

---

(١) DELOGU; La Loi pénale et son application, Le Caire, T. 1. 1956 - 57. p. 30 et 5.

وتشبع احتياجات المجتمع مصالح عامة يحميها القانون بالنظر إما إلى أهميتها الاجتماعية، أو إلى تعلقها بوظائف الدولة. ويتعين على النظام القانونى أن يشبع حاجة اجتماعية جديرة بالحماية.

ولا يهدف النظام القانونى إلى حماية المصلحة العامة مجردة من أى اعتبار آخر. فهناك اعتبارات الحقوق والحريات التى يتعين كفالتها للأفراد واحترامها. وهذه هى السمة الرئيسية للدولة القانونية التى يسمو فيها القانون على الدولة. وهو سمو يفرض على الدولة ضمان الحقوق والحريات. هذا بجانب اعتبارين مهمين هما الأمن القانونى والعدالة.

ويتوقف الأمن القانونى على الأسلوب الذى يختاره المشرع فى تنظيم الحماية التى يضفيها على الحقوق والحريات والمصلحة العامة. ويتوافر هذا الأمن كلما تمت الحماية القانونية لهذه المصلحة، بأسلوب يضمن الثبات والاستقرار ويؤمن للمواطنين حقوقهم وحرياتهم ضد المفاجآت التى تعرض مراكزهم القانونية للخطر. فالتوازن بين مقتضيات المصلحة العامة وحماية هذه الحقوق والحريات هو الضمان للأمن القانونى. وهو التزام يقع على عاتق السلطة التشريعية فى حدود الدستور[1].

ويعتبر القانون الجنائى من أهم فروع القانون التى تحتاج إلى الاستقرار القانونى نظرا لجسامة النتائج التى تترتب على إنكار هذا الأمن. فلابد من التوفيق بين الحقوق والحريات التى يتمتع بها الفرد وبين مقتضيات الحماية الجنائية للنظام العام، ولابد من التوازن بين القيم الدستورية للحقوق والحريات والقيم الدستورية التى تتمتع بها غيرها من الحقوق والحريات وكذا المصلحة العامة. ويعتبر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات صمام الاستقرار القانونى الذى يجب أن يراعيه المشرع الجنائى عند حماية الحرية الشخصية للفرد. فهذا المبدأ يؤمنه ضد خطر الرجعية أو القياس فى مجال التجريم والعقاب فى قانون العقوبات، وضد خطر التحكم والمساس بالحرية[2]. كما يعتبر مبدأ «الأصل فى المتهم البراءة» صمام الأمن القانونى الذى يجب أن يراعيه المشرع الإجرائى

---

(١) انظر: Pierre Cambot, la protection constitutionnelle de la liberté indviduelle en France et en Espage, Economica, 1998, p.109.

(٢) انظر: François luchaire, le conseil constitutionnel, T.II, 1998, op. cit., No.203, p.147.

عند تحديد الإجراءات الجنائية حتى لا تكون أداة للبطش بالحقوق والحريات إذا ما أريد المساس بها تحقيقا لمصلحة عامة .

أما العدالة فهى فكرة غامضة أثارت جدلا كبيرا، وتمت معالجتها وفقا لجوانب مختلفة . فهناك العدالة المادية التى تقابل العدالة الشكلية . كما توجد العدالة الاجتماعية التى تتميز عن العدالة القانونية . وقد يتفق مدلول العدالة مع مفهومها فى القانون الطبيعى أو يختلف عنها .

ومع ذلك، فإن الإحساس بالعدالة قيمة اجتماعية مهما اختلفت الأزمنة والمجتمعات . فهى قيمة أخلاقية خالدة فى الضمير الإنسانى ازداد تعمقها بظهور الأديان السماوية . ولذلك، فإنه يتعين على المشرع أن يراعى هذه القيمة الاجتماعية عند تدخله لحل التنازع بين المصالح وإضفاء حمايته على المصلحة الأجدر بالرعاية، أى القيمة الدستورية الأجدر بالحماية . فالقانون بحكم نشأته الاجتماعية لا يمكنه أن يصطدم بإحساس المجتمع بالعدالة .

نعم؛ إن المدلول الميتافزيقى للعدالة قد يؤثر فى فاعلية التنظيم القانونى للمصالح التى يحميها القانون . ولكن الحلول غير العادلة ـ فى الوقت ذاته ـ لا يمكنها أن تقنع الأفراد وتنال رضاءهم، الأمر الذى يؤدى إلى عدم احترامها كما أنه إذا تعددت الحلول التشريعية غير العادلة فقد القانون ثقة المجتمع . وهذا هو ما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا فى قولها بأن القانون أداة تحقيق العدالة، فلا يكون القانون منصفا إلا إذا كان كافلا لأهدافها، فإذا ما زاغ المشرع ببصره عنها، وأهدر القيم الأصلية التى تحتضنها، كان منهيا للتوافق فى مجال تنفيذه، ومسقطا كل قيمة لوجوده، ومستوجبا تغييره أو إلغاءه[1] .

ومن وسائل إرضاء الشعور بالعدالة الكيفية التى يتناول بها المشرع حمايته للحقوق والحريات . مثال ذلك، موقف المشرع الجنائى فيما يقوم به من خلال قانون العقوبات من إنشاء الجرائم والعقوبات حماية لحقوق الأفراد من الاعتداء عليها . إلا أنه لا يجوز فى سبيل هذه الحماية أن يلجأ المشرع الجنائى إلى إنكار حرية الاختيار كأساس للمسئولية الجنائية، أو أن يفرض عقوبات مهينة أو قاسية أو غير مناسبة لجسامة الجريمة .

---

(١) دستورية عليا فى ٣ فبراير سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢٢ ص ٣٩٣ .

٢٧ـ مبدأ التناسب كمعيار لتحقيق التوازن

بينا فيما تقدم أن النظام القانونى يحكم مجموعة من الحقوق والحريات يتعين إحداث التوازن فيما بينها من جهة، وفيما بينها وبين المصلحة العامة من جهة أخرى. وعلة ذلك تكمن فى أن الحقوق والحريات ليست مطلقة، ومن ثم يتعين حل التنازع الذى قد ينشأ بين القواعد القانونية ذات المرتبة الواحدة التى تحمى الحقوق والحريات.

وقد نشأ مبدأ التناسب «Principe de proportionnalité» لكى يكون معيارا لتحقيق هذا التوازن ضمانا لوحدة النظام القانونى فى حمايته للحقوق والحريات وللمصلحة العامة. ويقتضى هذا التناسب وجود علاقة منطقية ومتماسكة بين مختلف القواعد القانونية وبين مختلف العناصر التى تتكون منها القاعدة المنطقية الواحدة. ويتحقق هذا التناسب من خلال مجموعة من الأفكار تمثل المنطق والتجانس، والتوازن، وعدم التحكم. ومن جميع هذه الأفكار يمكن استخلاص التناسب عند تطبيقها. ويحفل النظام القانونى بتطبيقات عديدة لمعيار التوازن. مثال ذلك فى القانون المدنى نظرية التعسف فى استعمال الحق[١]، والفسخ القضائى للعقود الملزمة للجانبين[٢]. وفى قانون العقوبات نجد أن العقوبة يجب أن تكون متناسبة مع الجريمة، وأن الدفاع الشرعى يوجب التناسب بين الاعتداء والدفاع. كما يكفى لاحترام مبدأ المساواة وجود معاملة متكافئة من الناحية المنطقية بين أصحاب المراكز القانونية الواحدة، وتتحدد هذه المعاملة ـ كما سنبين ـ فيما تنظمه من وسائل استعمال هذه المراكز للحقوق والحريات، فى ضوء ارتباطها بالهدف من القاعدة القانونية التى قررت هذه المعاملة. وفى هذه الحالة، فإن مبدأ التناسب يصلح منهجا للاسترشاد به فى تحديد ما إذا كانت وسائل استعمال الحقوق والحريات تحقق الهدف منها أو لا.

وقد استعان كل من القضاءين الإنجليزى والأمريكى بفكرة المعقولية «reasonableness» لتحديد مدى توافر التناسب بين الوسائل والغاية المتوخاة من

---

(١) نصت المادة ٥٥/ ب من القانون المدنى على أن يكون استعمال الحق غير مشروع إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(٢) نصت المادة ١/٥٧ من القانون المدنى على أنه فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض فى الحالتين، إن كان له مقتض.

تقريرها[1]. كما استخدمت المحكمة الدستورية الإيطالية فكرة المعقولية لتحديد العلاقة بين الوسائل المستخدمة والغاية المطلوبة منها[2]. وأكدت المحكمة الدستورية الأسبانية على رقابتها على وجود «تناسب» بين مضمون العمل والغاية منه[3].

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر أن المشروعية الدستورية للمعاملة المقررة للمراكز القانونية المتكافئة تتحدد فى ضوء ارتباطها عقلا بأهدافها[4]، وأكدت اعتبار الأمر تحكميا إذا ما تجاوز الحدود المنطقية لتنظيم الحقوق والحريات[5].

وواقع الأمر، فإن التعبير عن علاقة التناسب يتم إما فى مضمون القاعدة القانونية ذاتها التى قررت وسائل حماية الحقوق والحريات، وإما فى قاعدة أخرى تحدد شروط تطبيقها.

وبالنسبة إلى التناسب الذى يعبر عنه مضمون القاعدة القانونية ذاتها، فيبدو على سبيل المثال فى قواعد قانون العقوبات التى تلتزم بتوفير التناسب بين العقوبة وجسامة الجريمة، باعتبار أن العقوبة تمثل المعاملة التى يحددها القانون عند المساس بالحق والحرية المعتدى عليها، وهى ما يجب أن ترتبط عقلا ومنطقا بالهدف من تقريرها، ومثال ذلك أيضا فى القواعد التى تنتظم استخدام حق الملكية. فإذا قرر القانون المدنى (المادتان ٤٧١ و٤٧٢) حظر التعامل على القضاة وأعضاء النيابة العامة والمحامين فى الحقوق المتنازع فيها وفرض جزاءً واحدا على انتهاك هذا الحظر، مؤداه بطلان العقد الوارد على الحق المتنازع فيه بطلانا مطلقا؛ فإن هذه المعاملة (أى هذا البطلان) تتفق مع الهدف الذى توخاه المشرع وهو بث الثقة فى المعاملات، والتحسب لأية شائبة تنال من

---

(١) Xavier Philippe; La contrôle de proportionnalité dans les jurispudences constitutionnelle et administrative. Francairses, collection science et droit administratifs, Economice, 1990, pp. 36 - 39.

(٢) B. Coravit, "La jurisprudence constitutionelle sus le principe d' égalité", Cahiers du centre de droit et de politique comparés de la faculté de droit de Toulon, vol. 1, p. 103.

(٣) حكمها الصادر فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٨٢ مشار إليه فى مؤلف Xavier Philippe, op. cit., p. 51.

(٤) دستورية عليا فى ٩ مايو ١٩٩٨ فى القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٥) دستورية عليا فى ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا ص ٧ قاعدة رقم ١٠ ص ١٩٤.

مصـداقيتهـا وشفـافيتها وتتأذى مـن الاستغلال والغبـن ، وهو أمـر يتعلق بـالمصلحـة العامة[1].

وفى صدد التوازن بين الحقوق قضت المحكمة الـدستورية العليا أن قصد اللجوء إلى اللجنة المختصة بتقـدير أتعاب المحامـاة على المحامى دون موكله ، يخل بـالتوازن الذى تفرضه علاقة الوكالة القائمة بينهما ، إجحافا بمصلحة الموكل وترجيحا لمصلحة المحامى عليها[2].

ويلاحظ أيضـا أن من أمثلة التناسب الـذى يعبر عنه مضمون القـاعدة القانـونية ، حدود حرية التنقل كما ينظمها التشريع فى حدود الدستور.

أما التناسب الذى يتـم التعبير عنه من خـلال الشرط الذى قـد ينص عليه القـانون لتطبيق القاعدة القـانونية ، فمثـالـه القـاعـدة التى تنص على الحق فى التعبير، فإن استخدامه مشروط بعـدم الإساءة إلى النظام العام وحقـوق الآخرين . وكذلك الشأن إذا تعارض مضمون قاعدة قانونيـة مع مضمون أخرى . مثال ذلك القاعدة التى تنص على حق الإضراب ، والقاعدة التى تنص على مبـدأ استمرار المرفق العام ، فإن ضمان التوازن بين الحق والمصلحـة العامـة المتوخـاة من استمـرار المرفق العام ، يتطلب التنـاسـب بين المساس بالحق فى الإضراب وبين حماية اعتبارات المصلحة العامة .

ويلاحظ أن التوازن بين الحقوق والحريات من ناحية وبين المصلحة العامة من ناحية أخرى فى إطار مبدأ التناسب ، يكفل ضمان وحدة النظـام القانونى الذى يرسم الحقوق والـواجبـات العامـة . ومن خـلال الـرقابـة على دستـوريـة القوانين تـراقب المحكمـة الدستوريـة العليا تطبيق معيار التناسـب للوصول إلى التوازن الذى يكفـل تحديد نطاق الحماية الـدستورية للحقوق والحريـات . ومن أمثلة هذه الـرقابة ما قضت بـه المحكمة الدستـورية العليا من أن حـرمان أعضاء الإدارات القـانونية من الجمع بين بـدل التفرغ المقرر بمقتضى القـانون وبدل التمثيل أو أى بـدل طبيعة عمل آخر ينطـوى على إهدار حق العـامل فى اقتضاء الأجـر العـادل فى الأحـوال التى يفرض فيهـا العمل جبرا لأداء خـدمة عـامـة (المادة ٢٣/ ٢ من الـدستور) ، على أسـاس أن هـذا الحق أولى بالحمايـة

(١) دستـورية عليـا فى ٥ يونيـة سنة ١٩٩٩ ، فى القضيـة رقم ٢٢٦ لسنة ١٩ قضـائية «دستـورية» ، الجريـدة الرسمية ـ العدد ٢٤ فى ١٧ يونية سنة١٩٩٩ .

(٢) دستورية عليا فى ٥ يونية سنة ١٩٩٩ ، فى القضية رقم ١٥٣ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» .

الـدستوريـة من واجب الإسهـام فى الحيـاة العامـة واعتبـاره أمرا وطنيـا (المادة ٦٢ من الدستور)، لأن الجماعة ملزمة طبقا للمادة ١٢ من الدستور بالعمل على التمكين لقيمها الخلقية والـوطنية وفق مستويـاتها الرفيعـة مما لا يجوز معه للمشرع أن يمس بـالأجر عن عمل تم أداؤه فى نطاق رابطة عقدية أو علاقة تنظيمية ارتبط طرفاها(١).

ويلاحظ أنه على الـرغم من أهمية مبدأ التناسب لتحقيق التـوازن المشار إليه، إلا أن التنـازع بين الحقـوق والحريات والمصلحـة العـامـة ليس أمـرا حتميا فى جميع القـواعـد القانونية. فهناك من القواعـد ما لا يثير فكرة هذا التنازع، لأنها تشير إلى معنى محدد لا يتوقف مداه على علاقته مع معنى آخر، مثل القواعد التى تحدد الحالة المدنية للشخص الطبيعى فهى لا تختلف مـن شخص لآخـر أو بحسب الظـروف. وكـذلـك الأمـر فى النواهى الجنائية المطلقة مثل جرائم الاعتداء على الأمـوال العامة، فإن قاعدتها القانونية تتطلب توافـر أركان معينـة محددة لا تتوقف على تقييم عـلاقتها بأطـراف أخرى كشرط يقيد تطبيقها.

٢٨- إطار التوازن بين الحقوق والحريات

تحكم التوازن بين الحقوق والحريات مجموعة من المبادئ تتجلى فيما يلى:

(أولا): الحقوق والحريات ليست حقوقا مطلقة لا حدود لها. فممارستهـا لا يجوز أن تكون من خلال التضحية بغيرها من الحقوق والحريات. فالحق فى حرية التعبير - مثلا - لا يجوز ممارسته اعتداء على الحق فى الحياة الخاصة أو الحق فى الشرف والاعتبار. وقد أكد القضـاء الدستـورى هذا المبـدأ، بما مؤداه أن ممـارسة الحقـوق والحريات لا يحدهـا غير ضرورة ضمان الحقوق والحريـات الأخرى وغيرها من القيم الدستـورية(٢). وكل ذلك يتطلب تفسير حـدود ممـارسـة الحقوق والحريـات بكل دقـة حتى تكـون هـذه الحدود متناسبة ومعقولة بمراعاة الغاية التى تستهدفها وسائل حمايتها(٣).

---

(١) دستورية عليا فى ٥ يونية سنة ١٩٩٩، فى القضية رقم ٣١٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٢) Louis Favoreu; La protection des droits et libertés fondamentaux, Annuaire, 1985, p.186. Siegbert Morschier, Annuaire, 1990, p.143 (Rapport Autrichien), Rodriguez - Pinero et J. Leguina Villa, Annuaire, 199, p.129 (Rapport Espagnol).

(٣) Radriguez - Pinero et J. Leguina Villa, Annuaire 1990, op. cit., p.131.

(ثانيا) : لا يعرف الـدستور أى تـدرج بين القواعـد الدستـورية، ولا بين الحقـوق والحريات، سواء تلك التى يحميها الدستور مباشرة وصراحة أو تلك التى يحميها بطريق غير مباشر من خلال استخلاص المحكمة الدستورية لها من نصوص الدستور.

(ثالثا) : لا يتصور وجـود تنازع بين الحقوق والحريـات فى نصوص الـدستور، فأى تنازع ظاهـرى فى هذا الشأن يجد حله من خلال التوازن بين هـذه الحقوق داخل النظام القانونى القـائم على وحدة الدستور[1]، ووحدة الجماعـة. وفى هذا الصـدد أوضحت المحكمة الـدستورية العليا أن مـا نص عليه الدستـور فى المادة ٧ من قيام المجتمع على أساس من التضامـن الاجتماعى، يعنى وحدة الجماعة فى بنيانها، وتـداخل مصالحها لا تصادمهـا، و إمكان التـوفيق بينها ومـزاوجتها ببعض عنـد تزاحمهـا، واتصال أفـرادها وتـرابطهم ليكون بعضهم لبعض ظهيرا، فـلا يتفـرقون بـددا أو يتنـاحرون طمعـا، أو يتنـابذون بغيـا، وهم بذلك شركـاء فى مسئوليتهم قبلهـا، لا يملكون التنصل منهـا أو التخلى عنهـا، وليس لفريق منهـم بالتـالى أن يتقـدم على غيره انتهازا، ولا أن ينـال من الحقوق قدرا منهايكون بها ـ عدوانا ـ أكثر علوا، بل يتعين أن تتضافر جهودهم لتكون لهم الفرص ذاتها، التى تقيم لمجتمعاتهم بنيانها الحق، ولا تخل ـ فى الوقت ذاته ـ بتلك الحقوق التى كفلها الدستور[2]. وتفترض الرقابـة الدستورية على التـوازن بين الحقوق والحريات، وجود تعارض بين قـاعدة دستورية وأخرى تشريعية، فـلا رقابة للمحكمة الدستورية العليا على التعارض بين قاعدتين قانونيتين من مرتبة واحدة[3].

---

(١) Ron Roman Herzog, Rapport Allemand, Annuaire 1990, p.17.

(٢) دستورية عليا فى ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٨ ص ١٣٩.

(٣) دستورية عليا فى ٢ مـارس سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية «دستوريـة»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٣٠ ص ٥٢٠.

المبحث الثـــانى

التوازن بين الحقوق والحريات، والمصلحة العامة

٢٩ـ حدود التوازن بين الحقوق والحريات، والمصلحة العامة

يعبر الدستـور عن القيم الدستـورية التى تحمى المصلحـة العامـة فى مختلف أبواب الدستـور، وتتجلى صراحة فى واجبات الدولـة وسلطاتها، وخاصـة فيما يتعلق بالضبط (المادة ٤٥) وإنشاء وتنظيم المرافق العـامة (المادة ١٤٦) وحماية البلاد وسـلامة أراضيها (المادة ١٨٠) وتنظيم الاقتصاد القومى لخطـة الاقتصاد القومى وفقا لخطة تنميـة شاملة (المادة٢٣).

وبجـانب ذلك، فإن الـدستـور يبسط حمايتـه على مختلف الحقـوق والحريـات على اختلاف أنـواعها. ويحيل الـدستور فى كثير من الأحـوال للمشرع فى تحديد نطـاق هذه الحقـوق. مثـال ذلك فى المواد ٤١ و٤٤ و٤٥ و٤٧ و ٤٨ و٥٠ و٥٤ و٥٥ و٥٦/ ٢ و٦٢ و٦٩/ ٢ و٧١ من الدستور. وكذلك أيضا مـا نصت عليه المادة ١٣ من الدستور من أن العمل حق، وواجب، وشرف. وفى صـدد تحديد هـذا النطـاق لا تتمتع هذه الحقـوق والحريات بصورة تضحى بالمصلحة العامة، إعمالا لتكامل القيم التى يحميها الدستور.

ويجب على المشرع أن يـوازن بين الحقوق والحريـات العامـة والمصلحـة العامـة. وفى صدد تحديـد المصلحة العـامة يراعى أن النظـام العام فكـرة متطورة وفقـا لتطور النظم والمبادئ والظروف، وينطـوى هذا التطور فى ذاته على تغيير فى القيـم المحمية واختلاف فى تحديدها يتأثـر وفقا للزمان والمكـان. مثال ذلك النظام العام الاقتصـادى الذى طرأ عليه كثير من التغيرات، فمن نظام يقوم على تدخـل الدولة والتخطيط المركزى إلى نظام يقوم على قانون السوق. وكذلك الشـأن بالنسبة للنظام الإدارى والنظام الضريبى، فقد تعرض كل منهما لكثير من التغيرات[1].

---

(١) انظر: François Terré, Ropport introductif, (L'ordre public á la fin du xxe siécle, Dalloz,1996, pp.5-12.

وقضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بما مؤداه أن المشرع حين حظر طعن المدعى المدنى فى قرار النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية فى تهمة موجهة إلى أحد الموظفين أو المستخدمين العامين لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، وازن بين حق المدعى بالحقوق المدنية فى الادعاء المباشر، وبين ما تقتضيه إشاعة الاطمئنان بين القائمين بالعمل العام بثا للثقة فى نفوسهم، بما يكفل قيامهم بأعباء الوظيفة أو الخدمة العامة، دون تردد أو وجل يعوق الأداء الأكمل لواجباتها أو يدفعهم إلى التنصل من أعبائها توقيا لمسئوليتهم عنها، بما يثنيهم فى النهاية عن تحمل تبعاتها، ويعطل قدرتهم على اتخاذ القرار الملائم[1].

حق الملكية :

وفى صدد حق الملكية قضت المحكمة الدستورية العليا المذكورة بأن حق الملكية إطار محدد تتوازن فيه المصالح ولا تتنافر، وتضبطها وظيفتها الاجتماعية التى تعكس بالقيود التى تفرضها على الملكية، الحدود المشروعة لممارسة سلطاتها، وهى حدود يجب التزامها، لأن العدوان عليها يخرج الملكية عن دائرة الحماية التى كفلها الدستور لها[2]. وأن القيود التى يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من إطلاقها، لا تعتبر مقصودة بذاتها، بل غايتها خير الفرد والجماعة[3].

---

(١) دستورية عليا فى ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢، القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٣٠ ص ٢٦٢.
وانظر أيضا فى التوازن بين الحق فى الادعاء المباشر ومقتضيات حماية الوظيفة العامة دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٠ سنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٤ فى ١٩ مارس سنة ١٩٩٨ حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم قبول الطعن بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية، والتى تنص على أنه فيما عدا الجرائم المشار إليها فى المادة ١٢٣ من قانون العقوبات ـ لا يجوز لغير النائب العام أو المحامى العام أو رئيس النيابة رفع الدعوى الجنائية ضد موظف أو مستخدم عام أو أحد رجال الضبط الجنائى أو جنحة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته.

(٢) دستورية عليا فى ٣ يوليو سنة ١٩٩٥، القضية رقم ١١ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٧ قاعدة رقم ١ ص ١٩.

(٣) دستورية عليا فى ٦ يناير سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٧ قاعدة رقم ٢٠ ص ٣٤٧. وانظر دستورية عليا فى ٥ فبراير سنة ١٩٨٣ فى القضية رقم ١٨ لسنة ١ قضائية «دستورية»، ٢١ يونية سنة ١٩٨٦ فى القضيتين رقمى ١٣٩، ١٤٠ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، ٤ مايو سنة ١٩٩١ فى القضية رقم ٢٣ لسنة ٩ قضائية «دستورية».

ومن ناحية أخرى، لا يجوز بحال أن تجاوز هذه القيود متطلباتها المنطقية، وإلا تعين القول بانطوائها على ما يعد «أخذا» للملكية من أصحابها[1]، ولا يجوز بالتالى العداون على الملكية بما يعتبر اقتحاما ماديا لها، ولا اقتلاع المزايا التى تنتجها أو ترتبط بمقوماتها. وقد رتبت المحكمة الدستورية العليا على ذلك عدم دستورية نص المادة ١٢٤ مكررا من قانون الجمرك التى نصت على مصادرة البضائع المضبوطة كأثر للتصالح فيما بين الممولين والجهة الإدارية المعنية، بالإضافة إلى أنه لا مصادرة بغير حكم قضائى[2]. وكذا عدم دستورية المادة ٧/ ٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التى تسمح فى بعض الظروف بتبادل الشقق بين المستأجرين دون أن يحق للمالك حق الاعتراض[3]، وكذا المادة ٤٠ من القانون ذاته والتى سمحت فى بعض الأحوال للمستأجرين أن تؤجر من الباطن شققهم دون تصريح من المالك[4]. كما رتبت على ذلك أن أزمة الإسكان وإن كانت قد اقتضت تدخل المشرع بقيود استثنائية للحد منها، إلا أن هذه الضرورة هى مناط سريان هذه القيود، إلا أنه لا يجوز أن ينتحلها المشرع أو يتوهمها ليمتد مجال عملها إلى فروض لا تسعها، ولا يمكن افتراض أن مصالح مستأجر العين وأصهاره من بعده - تعلو دوما - وفقا للدستور - حقوق مؤجرها وترجحها[5].

---

(١) دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية العدد رقم ٧ تابع بتاريخ ١٣ فبراير ١٩٩٧. وانظر أيضا حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة أول سبتمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٠٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٣٧ فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٩٧. ويلاحظ أن تعبير أخذ الملكية «A taking of property» ينطوى على اقتحامها المادى «Physical Invesion» أو اختلاعا للمزايا التى تنبنى الملكية أو ترتبط بمقوماتها. ويعتبر إنكار هذه المزايا ممن يملكون معادلا فى الآثار التى يرتبها الاستيلاء على ملكهم فعلا «Physical Appropriation» ذلك أن المشرع حين يجرد الملكية من ثمارها وملحقاتها ومنتجاتها، فإنه يحيلها عدما، ولو بقيت لأصحابها السيطرة الفعلية على الأموال محلها. وقد عرفت المحكمة العليا الأمريكية اصطلاح أخذ الملكية، إشارة إلى وضع قيود تؤدى إلى الحرمان من الانتفاع بالملكية.

انظر قضية .Pennsylvania Cool Cov. Mahom, 360 U.S. 393 (1922)

(٢) دستورية عليا فى ٤ مايو سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٣٤ ص ٥٧٤.

(٣) دستورية عليا فى ٤ أكتوبر سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٧١ لسنة ١٩ قضائية. الجريدة الرسمية العدد ٤٢ فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٩٧.

(٤) دستورية عليا فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٤٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية». الجريدة الرسمية العدد ٤٨ فى ٢٧ إبريل سنة ١٩٩٧.

(٥) دستورية عليا في ٤ يناير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٨ قضائية دستورية. وفى هذا الحكم قضت=

ويرتبط العدوان على الملكية بتشويـه حق الملكية ومسخه، فلا يجوز النص على إلزام الدائن بشراء المال بسعر معين لما ينطوى عليه هذا النص من مساس بحرية الإرادة التى يتوقف عليها اكتساب حق الملكية[1]. وقـد قضى المجلس الدستـور الفرنسى بعـدم دستورية نص يتطلب تصريحا مسبقامن الإدارة المحلية على أى نقل للملكية العقارية، دون تحديد أوجه المصلحة العامة التى يجب على جهة الإدارة أن تسبب تصريحها بناء عليها[2].

كما أن الحماية الدستورية لحق الملكية لا يـرد إلا على من اكتسبها بطريق مشروع، وكان بيده سنـد صحيح ناقل لها على الـوجه المقـرر قانـونا، وأنـه إذا كان سنـده فى اكتساب الملكيـة مشوبـا بالغبـن والاستغلال، منـاهضا بـذلك للنظـام العام، فإن مقتضيـات المصلحة العامة تحتم أن تنحسر عنه الحماية الدستورية المقررة للملكية الخاصة[3].

= المحكمة بعدم دستـورية ما نصت عليه المادة ٢٩ من القانـون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأمـاكن وتنظيم العـلاقة بين المؤجـر والمستأجـر قـائلـة: من أن «وفيما عـدا هؤلاء من أقـارب المستأجـر «مصاهـرة» حتى الدرجة الثـالثة، يشترط لاستمرار عقـد الإيجار، إقامتهم فى المسكن مـدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر، أو مدة شغله للمسكن، أيهما أقل».

وفى هذا المعنى دستـورية عليا فى ٤ أكتـوبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٧١ سنـة ١٩ قضائية «دستـورية» حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريـة الفقرة الثالثة من المادة ٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأمـاكن وتنظيم العـلاقة بين المؤجـر والمستأجر. وانظـر دستـورية عليـا فى ٢ أغسطس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١١٦ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية ما نصت عليه المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من أن «وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر «نسبا» حتى عقد الإيجار إقامتهم فى المسكن مـدة سنة على الأقل سـابقة على وفـاة المستأجر أو تركه للعين أو مـدة شغله للمسكن أيتهما أقل». وانظـر دستـورية عليـا فى ٢٢ نـوفمبر سنـة ١٩٩٧ فى القضيـة رقم ٤٤ لسنة ١٧ قضائيـة «دستورية»حيث قضت المحكمة الـدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الثـانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العـلاقة بين المؤجر والمستأجر فى شأن العين التى استأجرها لمزاولة نشاط حرفى أو تجارى لصالح ورثته بعد وفاته. وانظر دستورية عليا فى ٦ يولية سنة١٩٩٦ فى القضية رقم ٤ لسنـة ١٥ قضائية «دستوريـة» حيث قضت المحكمة الدسـتورية العليا بعدم دستـورية الفقرة الثـانية من المادة ٢٩ من القانـون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العـلاقة بين المؤجر والمستأجـر فيما نصت عليه من استمـرار شركاء المستأجر الأصلى للعين التى كـان يزاول نشـاطا تجاريا أو صناعيا أو مهنيا أو حرفيا، فى مباشرة ذات النشـاط بعد تخلى هذا المستأجر عنها، ولسقوط فقرتها الثالثة فى مجال تطبيقها بالنسبة إلى هؤلاء الشركاء.

(١) Décision 98 - 403 Dc du 92 juillet 1998, Tax d'inhabitation.

انظر: Annuaire Inter. de Justice constit., 1998, p. 782 - 786.

(٢) Décision 96 - 373 Dc du 9 avril 1996, Recueil, jur. const., p. 660 - 668.

(٣) دستورية عليا فى ٥ يونية سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٢٢٦ لسنة١٩ قضائية «دستورية».

وكذلك الأمر، فإن الحماية التى كفلها الـدستور لحق الملكية الخاصة تمتد إلى كل حق ذى قيمة مالية، سواء أكان هذا الحق شخصيـا أم عينيا أم كان من حقوق الملكية الفنية أو الأدبية أو الصناعية، وهو ما يعنى اتساعها للأموال بوجه عام[1].

وتتطلب هـذه الحماية عـدم سقوط الحق فى إقـامة الـدعوى التى تحمى حق الملكيـة بانقضاء زمن معين، لأن حق الملكية غير قابل للسقوط بالتقادم[2].

حرية التعاقد:

كما قضت المحكمة الـدستوريـة العليا بأن حريـة التعاقـد لا تعنى على الإطلاق أن يكون لسلطان الإرادة دور كـامل ونهائى فى تكوين العقود، وتحديد الآثـار التى ترتبها، ذلك أن الإرادة لا سلطان لها فى دائرة القـانون العام، وقد يـورد المشرع فى شأن العقود ـ حتى ما يكـون واقعا منهـا فى نطاق القانـون الخاص ـ قيودا يـرعى على ضوئهـا حدودا للنظام العام لا يجوز اقتحامها[3]، مثل التعامل فى الحقـوق المتنازع عليهـا على النحو المنصوص عليـه فى المادتين ٤٧١ و٤٧٢ مدنى[4]. على أن قضاء المحكمة الـدستورية العليا قد جـرى على أن حرية التعاقـد قاعدة أساسية يقتضيهـا الدستور صونـا للحرية الشخصية، ولكونها وثيقة الصلة بالحق فى الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التى ترتبها العقود فيما بين أطرافها[5].

---

(١) فإذا كان النص التشريعى قد انتقص ـ دون مقتض ـ من الحقـوق التى تثرى الجانب الإيجابى للذمة المالية للمخاطبين بحكمه فإنه يكون قد انطوى بذلك على عـدوان على الملكية الخاصة (دستورية عليا فى ٤ فبراير سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، وانظر ٤ يناير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٧ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، ١٨ مارس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٥٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، ٥ يونية سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٢١٣ لسنة ١٩ قضائية «دستورية». وقد قضت المحكمة العليا الأمريكية بأن حرمان صاحب المال من فوائد أمواله المودعة بأحد الصناديق ينطوى على مساس بحق الملكية
(Phillipo V. Washington Legal Foundation, 55 USLW, 4468, June 15, 1998).

(٢) دستورية عليا فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، ٢ أكتوبر سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٢١٥ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٣) دستورية عليا فى ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٨ ص ١٣٩.

(٤) دستورية عليا فى ٥ يونية سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٢٢٦ لسنـة١٩ قضائية «دستورية». الجريدة الرسمية العدد رقم ٢٤.

(٥) دستورية عليا فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية «دستورية». وفى هذا الحكم قضت المحكمة الدستـورية العليا بعدم دستوريـة الفقرة الأولى من المادة الثامنة من القـانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.

وتعتبر حرية التعاقد، فضلا عن كونها من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية، وثيقة الصلة بالحق فى الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التى ترتبها العقود فيما بين أطرافها. ومن ثم فإن ضمانات حماية حق الملكية الخاصة تنسحب بالضرورة على حرية التعاقد، وكذلك يجب ممارستها فى حدود التوازن الذى تتطلبه الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة[1].

حرية التعبير:

وفى صدد حرية التعبير استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا[2] على أنه لا يجوز تقييد حرية التعبير بأغلال تعوق ممارستها سواء من ناحية فرض قيود مسبقة على نشرها أو عن طريق العقوبة التى تتوخى قمعها، وذلك على أساس أنه إذا كفل الدستور حقا من الحقوق، فإن القيود عليه لا يجوز أن تنال من محتواه إلا بالقدر وفى الحدود التى ينص عليها الدستور. وفى هذا المعنى قضى المجلس الدستورى فى فرنسا أن المشرع لا يملك أن يفرض على الأشخاص العاديين - خارج ممارسة عمل من أعمال الخدمة العامة - الالتزام باستخدام كلمات أو عبارات معينة وإلا تعرضوا لتوقيع جزاءات معينة[3]. وإذا كان جوهر هذه الحرية لا يجوز المساس به، إلا أن ممارستها يمكن أن تتقيد مراعاة لحقوق أخرى فرضها الدستور. ولهذا قضى المجلس الدستورى فى فرنسا بأن هذه الحرية يمكن تقييدها لصالح احترام الكرامة الإنسانية، أو احتراما لحرية الغير، أو حماية للنظام العام، أو مراعاة لاحتياجات الدفاع الوطنى، أو مراعاة لمقتضيات الخدمة العامة[4]. وفى الولايات المتحدة الأمريكية، أجيز وفقا لقانون

---

(١) دستورية عليا فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية «دستورية». وفى هذا الحكم قضى بأن ما تنص عليه المادة ٣٧ من الدستور أن يعين القانون الحد الأقصى للملكية الزراعية مؤداه أن هذا القيد لا يتعلق إلا بهذه الملكية، فإذا انسحب إلى غيرها كان مخالفا للدستور.

(٢) دستورية عليا فى ١٥ إبريل سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٤١ ص ٦٣٧. وانظر دستورية عليا فى ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ القضية رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ٢٧ ص ٤٧٠.

(٣) Déc. 29 Juillet 1994, Luchaire, Tome II, op. cit., p.74.

(٤) انظر: Déc. 18 Septembre 1986, Luchaire, Tome II, op. cit., p.77.

سميث (١٩٤٠) لمحاربة الشيوعية تقييد حرية التعبير، إذا كان مضمون التعبير يحتوى على خطر واضح وحاضر "Clear and present danger". وقضت المحكمة العليا الأمريكية بأن معنى الخطر الواضح الحاضر مسألة قانونية تتقيد بها المحاكم(١). وقضت بأن التحريض على مخالفة القانون لا يعتبر خطابا سياسيا، وأن التحريض على قلب نظام الحكم بالقوة لا يتمتع بأدنى حماية(٢)؛ وذلك لأن المجتمع الديمقراطى يهدف إلى حماية التقدم السلمى للمجتمع فى إطار الحرية(٣). وقضت المحكمة العليا الأمريكية بأن نشر كتابات فاحشة تصور الأطفال فى أوضاع جنسية لا يتمتع بالضمان الدستورى لحرية التعبير حماية للمصلحة العامة لأسباب منها حماية التكوين النفسى للأطفال(٤).

الحق فى سلامة الجسم:

وفى صدد الحق فى سلامة الجسم يبدو مسلك المشرع فى عدم تجريم المساس به فى مقام التوازن مع حقوق أخرى يحميها الدستور.

فلا شك أيضا فى تمتع الإنسان بالحق فى سلامة جسمه وفقا لما جاء فى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان. ولا يتعارض هذا الحق مع ما قد يوجبه القانون من تطعيم إجبارى لتحصين الأطفال ضد بعض الأمراض، وترتيب عقوبة على الأب عند مخالفة أوامر المشرع فى تطعيم الأطفال. فإذا كان المشرع قد أعطى أولوية للاعتبارات التى تحتم التطعيم الإجبارى ومنها وقاية الجسم من الأمراض، والمحافظة على الصحة العامة. فألقى بواجب على الأب يعتبر الإخلال به جريمة؛ إلا أن هذا التجريم لا يترتب عليه التضحية بحق الطفل فى سلامة جسمه من الألم المترتب على حقنه طالما أن القصد كان هو المحافظة على هذا الجسم(٥).

وقد ثار البحث عن مدى الحق فى مساعدة الغير على التخلص من حياته بالانتحار طالما أن المريض يملك التخلص من حياته بعدم (الرضاء) بأن يكون محلا للعلاج.

---

(١) انظر: Dennis V.U.S, 341 U.S 494, (1951).
Gerald Gunther, Individual rights in constitutional law, Fifth edition, Westburxy, N.Y (1992), pp.711 - 728.

(٢) انظر: Gerald Gunther, p.722.

(٣) Gerald Gunther, p.722, 723.

(٤) New York V.Ferber, 458 U.S. 747 (1982) Gerald Gunther, pp.792 - 796.

(٥) Luchaire, "Les fondements constitutionnels du droit civil" Revue Trimestrielle de droit civil, 1982, p. 257.

وانظر: Marc Frangi, Constitiuition et droit privé, Economica, 1992, pp. 147-150.

وقيل بأن رضاء المريض شرط عـام لخضوعـه للعلاج، الأمر الـذى يعطيه حـرية رفض إنقاذ حيـاته واستعجال مـوته[١]. إلا أن المحكمـة العليـا الأمـريكيـة أكـدت أن كل الديمقراطيات الغربية تعتبر مساعدة الغير على الانتحار جناية، وأنه من المؤكد أن كافة الأمم المتحضرة تدل على التـزامها بـاحترام الحق فى الحياة باعتبـار المساعـدة على إنهائها جناية خطيرة. وأضـافت المحكمة أن منع القتل العمد والمحافظة على الحيـاة الإنسانية ومنع الانتحار يـدخل ضمن المصالح العامـة المشروعة التى تكفلها الحكـومة[٢]. ومع ذلك قضت المحكمة العليا بوجـوب التمييز بين مساعدة المريض على الموت «Making That Patient Die» وبين ترك المريـض يموت «Letting A patient Die» وهو ما يعنى التمييـز بين المسـاعـدة على الانتحـار «Assisting Asuicide» ورفض العـلاج «Refusing Treatment»، وأن ترك المريض رافضا العـلاج حتى الموت لا يعتبر عملا غير مشروع، بناء على حق المريض فى رفض العلاج لإنقاذ حياته[٣].

ويثـور البحث كـذلك فى هـذا النطـاق عـن مـدى جـواز نقل الأعضـاء لأسبـاب علاجية، وكيفيـة التوفيق بين هذا الواجب وبين الحق فى سلامـة جسم الإنسان المنقول منه العضو. لقد أثار الموضوع عدة مشكلات قانونية يهمنا فيها الجانب الدستورى. وقد نظر إليـه البعض من زاوية الحق فى سلامـة الجسم، ونظر إليه البعض الآخـر من زاوية الحق فى الصحة "Le doit á la santé". ووفقا لهذه النظرة المزدوجة إلى كل من الحق فى سلامة الجسم والحق فى الصحة، ساد مبدأ أن المريض الذى لـديه حاجة حيوية لعضو من أعضاء إنسان حى يمكن نقل هذا العضو إليه لعـلاجه (إشباعا لحقه فى الصحة)، وذلك بشرط ألا يمس حق الإنسـان المنقول منـه العضـو فى صحته. وتبقى بعـد ذلك شروط نقل الأعضـاء والتحقق من احترام الحق فى الصحة، وإجـراء الموازنة بين الحق فى سلامة الجسم والحق فى الصحة، حتى لا تجور حماية حق على حق آخر، وعدم المساس بـالأخلاق والقيم حتى لا يتحـول نقل الأعضاء إلى تجارة أو استغـلال، وهو مـا سمى

---

(١) "liberty interet in refusing unwanted medical treatment".

انظر رأى القاضى Souter فى الاعتراض على الحكم الصادر من المحكمة العليا الأمريكية فى قضية Washington Et Al V. Glucksberg Et Al. الصادر فى ٢٦ يونية سنة ١٩٩٧ (القضية ١١٠ ـ ٩٦).

(٢) "legitimate governement interests"

(النظر القضية المشار إليها فى الهامش السابق).

(٣) انظر قضية : Vacco, Attorney General of New York, Et Al V. Qwll Et Al, رقم 95 - 1858 فى ٨ يناير سنة ١٩٩٧.

بالأخلاقيات البيولوجية "Bioethque". وقد لوحظ أن التشريعات التى أجازت نقل الأعضاء قد ركزت اهتمامها على وضع القواعد التى توازن بين الحق فى سلامة الجسم والحق فى الصحة، واحترام الأخلاقيات البيولوجية. وإذا اختلفت التشريعات فى تنظيماتها بنقل الأعضاء إلا أن هذا الاختلاف يتفق فى النهاية على التوفيق بين هذه المحاور الثلاثة. وهو ما لاحظه المشرع الفرنسى فى تشريعاته المتعاقبة بشأن نقل الأعضاء (القانون رقم ٩٤ـ٤٨ لسنة ١٩٩٤، والقانون رقم ٩٤ـ٦٥٣ لسنة ١٩٩٤، والقانون رقم ٦٥٤ ــ ٩٤ لسنة ١٩٩٤). وفى القانون الفرنسى حيث وضع فصلا جديدا فى القسم الأول من الباب الأول لهذا القانون خاصا باحترام جسم الإنسان، وجاء قانون العقوبات الفرنسى فنص على الجرائم والعقوبات المخالفة للقواعد المنظمة لنقل الأعضاء.

وفى مصر ورغم خلو القانون من تنظيم عام لنقل الأعضاء[1]، يجب أن يلاحظ أن الدستور المصرى قد احترم الحق فى الصحة حين أوجب على الدولة كفالة خدمات الصحة للمواطنين جميعا (المادة ١٧). ومن ثم، يجب التوفيق بين حماية الحق فى سلامة الجسم (وهو حق يحميه الدستور) والحق فى الصحة (وهو حق يحميه الدستور كذلك). ويلاحظ أن الدستور المصرى قد حسم التوازن بين حرية البحث العلمى والحق فى سلامة الجسم حين نص على أنه لا يجوز إجراء أى تجربة طبية أو علمية على أى إنسان بغير رضائه. إلا أن الدستور لم يحسم الموازنة بين هذه التجربة وبين الحق فى الصحة، فلا يكفى رضاء الإنسان إذا كان من شأن التجربة الطبية أو العلمية تعريض صحته للخطر ولو توافر هذا الرضاء.

الحق فى الحياة الخاصة :

وفى صدد الحق فى الحياة الخاصة، أدى التطور التكنولوجى لوسائل الإعلام إلى ظهور وسائل تكنولوجية جديدة تضع تحت تصرف الجمهور الصوت والصورة والوثائق وجميع المعلومات والرسائل أيًا كانت طبيعتها، ومن قبيل ذلك الإنتر نت. وهو ما يهدد الحق فى الحياة الخاصة، والمصلحة العامة المتمثلة فى حماية القيم الثقافية والاجتماعية. ومن ناحية أخرى، أدى هذا التطور التكنولوجى إلى احتمال الاستيلاء على المعلومات أو

---

(١) انظر مع ذلك المادة ٢٤٠/ ٢، ٣ من قانون العقوبات.

برامج الكمبيوتر أو تزويرها، مما يعرض المصالح الاقتصادية لأصحابها للخطر أو الضرر، فضلا عن المساس بالمصلحة العامة[1]. وعندما يتدخل قانون العقوبات فى الأحوال السابقة، فإنه مطالب بإحداث توازن بين جميع الحقوق التى يحميها دون المساس بجوهر كل منها.

حرية العقيدة:

وفى صدد حرية العقيدة أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بأن حرية العقيدة ــ فى أصلها ــ تعنى ألا يحمل شخص على القبول بعقيدة غير مؤمن بها أو التنصل من عقيدة دخل فيها أو الإعلان عنها أو ممالأة إحداها تحاملا على غيرها، بل تتسامح الأديان فيما بينها، ويكون احترامها متبادلا، ولا يجوز كذلك فى المفهوم الحق لحرية العقيدة أن يكون صونها لمن يمارسونها إضرارًا بغيرها، ولا أن يكون تدخلها بالجزاء عقابا لمن يلوذون بعقيدة لا تصطفيها [2]. ثم قضت بأنه لا ينال من حرية العقيدة صدور قرار من وزير التعليم بفرض قيود على الأزياء التى يرتديها الطلاب لجعل ردائهم محتشما موحدا وملائما، وبما لا يخل بقيمهم الدينية [3]. ومفاد ذلك بمفهوم المخالفة أنه لا يجوز فرض قيود على حرية العقيدة يترتب على مخالفتها توقيع جزاء معين.

وفى مثال آخر، عرض أمام المحكمة الدستورية السويسرية طلب أحد أولياء الأمور إعفاء ابنته الطالبة المسلمة من دروس السباحة لأسباب دينية تتمثل فى أن العقيدة الإسلامية تنهى الأطفال المختلطين (ذكرًا وأنثى) من الاستحمام المختلط. إلا أن هذا الطلب قوبل بالرفض، ولما طعن فى القرار أمام مجلس التربية فى مقاطعة زيورخ، قرر المجلس رفض هذا الطلب مرة أخرى، فرفع الأمر إلى مجلس الدولة فى ذات المقاطعة الذى أكد رفض طلبه. فالتجأ إلى المحكمة الاتحادية السويسرية مستندا إلى حرية العقيدة التى تحول دون قبول ابنته الاستحمام المشترك مع الطلبة الذكور. وقد استعرضت

---

(١) انظر: Le droit criminel face aux technologis nauvelles de la communcation (Actes du VIII congrés de l'Association Française de droit pénal organisé du 28 au 30 Novembre 1985 á l'universitéde Grenoble, Economica, pp. 309-320.

(٢) دستورية عليا فى ١٨ مايو سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٤١ ص ٦٥٦.

(٣) دستورية عليا فى ١٨ مايو سنة ١٩٩٦ المشار إليه فى الهامش السابق.

المحكمة ما نصت عليه المادة التاسعة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان بشأن حرية التفكير وحرية العقيدة، وأكدت حقها فى أن تقدر بحرية ما إذا كان هناك مساس لهذه الحرية أم لا. ولاحظت المحكمة أن هناك قواعد تنظم شروط الإعفاء من بعض المقررات المدرسية لأسباب دينية، وأنها حددت الأيام التى لا يدرس فيها الطلبة الكاثوليكيون واليهود، وأن الطلاب الذين يعتنقون أديانا من حقهم الحصول على الإعفاء من بعض المقررات بناء على طلب ممثلهم القانونى لأسباب دينية، وقالت المحكمة إن المدرسة يجب أن تكفل التماسك داخل الفصول، وأن مراعاة الممارسات الدينية لمختلف الطلاب تخضع للقيد حين يغدو معها مستحيلا توفير تعليم فعال منظم. وذهبت المحكمة إلى أنه وفقا لمبدأ التناسب لا يجوز للمصلحة العامة أن تمس حقا أساسيا ما لم يكن لها ثقل كبير يفوق المصالح الخاصة التى تواجهها، وأنه بناء على ذلك يجب موازنة المصلحة العامة التى تفرض الالتزام بالانتظام فى الدراسة مع مصالح الطالب فى أن يعيش مع أسرته وفقا لمعتقداته الدينية. ورأت المحكمة فى ضوء ذلك أن التربية الرياضية وإن كانت تمثل جزءا مهما فى التعليم الذى توفره الدولة، إلا أن هذا الهدف لا يتعطل تحقيقه بشدة إذا أعفى الطالب من دروس السباحة المختلطة لأن هذه الدروس تمثل جزءا صغيرا من مقرر التربية الرياضية. وأضافت المحكمة أنه لم يثبت لها أن الإعفاء من دروس السباحة المختلطة سوف يثير مشكلات تنظيمية جسيمة ولا يضحى بنظام التعليم وفاعليته فى المدرسة[1].

وواضح من هذا الحكم أن المحكمة أقرت واجب احترام حرية العقيدة إلا أنها أخضعت ممارسته إلى عدم الإخلال بالمصلحة العامة ذات الثقل الكبير.

تطبيقات أخرى :

ومن ناحية أخرى، فإنه فى صدد التوازن بين الحقوق والحريات من جهة، والمصلحة العامة من جهة أخرى؛ أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر على أن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها فى غير ضرورة تتطلبها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها. وتطبيقا لذلك قررت المحكمة أن الحرية فى أبعادها الكاملة لا تنفصل عن

---

(١) انظر حكم المحكمة الاتحادية السويسرية الصادر سنة ١٩٩٣.
Annuaire International de justice constitutionnelle, 1996, pp.857-869.

حرمة الحياة، وأن إساءة استخدام العقوبة تشويها لأهدافها؛ يناقض القيم التى تؤمن بها الجماعة فى اتصالها بالأمم المتحضرة وتفاعلها معها، ولا يكفى بالتالى أن يقرر المشرع لكل منهم حقوقا قبل سلطة الاتهام، بل يجب أن يكون ضمان هذه الحقوق مكفولا من خلال وسائل إجرائية إلزامية يملكها ويوجهها، ومن بينها - بل فى مقدمتها - حق الدفاع[1].

وإذا نظرنا إلى المجلس الدستورى الفرنسى، نجد أنه طالما اعترف بوجود مصلحة عامة تبرر الخروج فى بعض الأحوال على مبدأ المساواة بشرط أن يكون الاختلاف فى المعاملة المبنى على اعتبار المصلحة العامة له علاقة مباشرة مع الهدف من القانون الذى أقر هذا الاختلاف[2]. ومن قبيل هذه الأحوال ما تعلق بخشية التهرب الضريبى[3]، ومحاربة الغش الضريبى[4]، ومحاربة استهلاك الخمور[5]، والاشتراك الفعال للناخبين فى انتخابات معينة[6]، وتنوع وسائل التعيين فى وظائف الإدارة العليا[7]، وتشجيع التنقل الجغرافى للفرنسيين من خلال ضمان أفضل حماية اجتماعية للذين يعملون فى الخارج[8]، وضمان استمرار المشروعات الصغيرة والمتوسطة[9]، واحترام حجية الأمر المقضى[10]، وقد ذهب الفقيه لوشير[11] إلى أنه يصعب استخلاص قواعد موضوعية من قرارات المجلس الدستورى الذى أعطى فيها الأولوية للمصلحة العامة، إلا أنه لوحظ أن هذا الإعطاء كان متفقا - فى نظر المجلس الدستورى - مع الغاية من التشريع، وطالما ردد هذا المجلس فى قراراته التى أعطى فيها الأولوية لاعتبارات

---

(١) دستورية عليا فى ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٤٩.

(٢) Décision du 9 Avril 1996, No. 96 - 375.

(٣) 29 Décembre 1989, Revue de droit public et des sciences politiques, 1983, p.110.

(٤) 29 Décembre 1983, droit social 1984, p.46.

(٥) 8 Janvier 1991, droitsocial 1991, p.11.

(٦) 16 Janvier 1986, Revue de droit public et des sciences politiques, 1986, p.345.

(٧) 20 Mars 1997, Journal officiel de la République française, p.117.

(٨) 28 Décembre 1996, droit fiscal, 1996, p.98.

(٩) 29 Décembre 1986, droit fiscal, p.184.

(١٠) Luchaire, op. cit., No. 177, p.129.

(١١) F. Luchaire, op. cit., No.181, p.131, 24 Juillet 1991, Revue.

المصلحة العامة للخروج على مبدأ المساواة، بأن هذا الخروج يتفق مع الغاية من التشريع[١]. وقد أكد المجلس الدستورى الفرنسى حقه فى مراقبة ما إذا كانت المصلحة العامة تبرر المساس بمبدأ المساواة[٢].

وقد عنى المجلس الدستورى - كذلك - بالاعتداد بالمصلحة العامة لتقييد حرية التعاقد[٣]، وكشرط للسماح برجعية النصوص غير الجنائية[٤]، ويسمح بأن تكون المصلحة المالية مبررا لرجعية قانون بتصحيح بعض الأعمال الإدارية[٥]. ولكنه اعتبر مصلحة عامة لتفادى تفاقم الخصومات التى تؤدى إلى أخطار تهدد التوازن المالى للنظام المصرفى فى مجموعه، وتؤثر فى النظام الاقتصادى العام[٦]. كما يصلح توافر المصلحة العامة كمبرر للنص على رجعية قانون بتصحيح قرارات ضريبية لمنع تطور منازعات من شأنها تعريض استمرار المرافق العامة للخطر[٧]. وفى هذا القرار الأخير ذهب المجلس الدستورى الفرنسى إلى أنه إذا كانت المصلحة العامة لها قيمة دستورية يجوز للتشريع أن يصحح عملا مخالفا للدستور من أجل إشباع هذه المصلحة. وفى هذا الاتجاه أجازت المحكمة الدستورية العليا فى مصر أن يصدر قانون يلغى بأثر رجعى قرارات بفرض ضريبة على المبيعات[٨].

---

(١) 6 Décembre 1990, droit social 1991, p.84.

وانظر: Ferdinand Mélin - Soucramanien; Le principe d'Egalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, Economica, 1997, pp. 190,191.

Déc. 87-232 du 7 jonuier 1988, Recueil jur. const. p. 317

Déc. 90-280 du 6 décembre 1990, Recueil op, cit., p. 412.

Déc. 90-283 du 8 jonve 1991, Recueil op, cit., p. 417.

Déc. 94-384 du 3 aout 1994, Recueil op, cit., p. 602.

(٢) انظر: Déc. 91-297 du 29 juillet 1991, Recueil op, cit., p. 463.

(٣) انظر قرار المجلس الدستورى الصادر فى ١٠ يونية سنة ١٩٩٨ (مشار إليه فى Luchaire, Le conseil constitutionnel, Tome III, Economico, 1999, p. 203).

(٤) انظر مثالا لذلك: Déc. no. 93-332 du 13 janvier 1994, Recueil op, cit., p. 567.

(٥) Déc. no. 95-369 du 28 décembre 1995, Recueil op, cit., p. 646.

(٦) Déc. no. 96-375 du 9 avril 1996, Recueil op, cit., p. 668.

(٧) Déc. no. 97-390 du 19 novembre 1997, Recueil op, cit., p. 717.

(٨) دستورية عليا فى ٣ من إبريل سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٤٤ لسنة ١٩ قضائية دستورية. الجريدة الرسمية العدد ١٥ فى ١٥ إبريل سنة ١٩٩٩ . وقد لوحظ أن المجلس الدستورى الفرنسى قد قضى بعدم دستورية نص تشريعى ضريبى مشمول بالأثر الرجعى لعدم توافر مصلحة عامة كافية تبرر هذا الأثر. (قراره الصادر فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٩٨ مشار إليه فى Luchaire, op. cit., p. 204).

٣٠ــ دور النظــام الاقتصــادى فى إحـداث التـــوازن بيــن الحقـوق والحريات، والمصلحة العامة

هناك علاقة وثيقة متداخلة بين الاقتصاد والقانون لا يمكن تجاهلها. وقد أدت هذه العلاقة إلى الربـط بين فكرة الدولة القانونية والتنميـة، حتى أصبح الحق فى التنمية أحد حقوق الإنسان فى الجيل الثالث لتطورها.

وتعكس التحولات الاقتصـادية العالمية عمق العـلاقة بين الاقتصاد والقانـون. فقد كان النموذج السائد فى الاتحاد السوفيتى وسائر دول الكتلة الشرقية هو تدخل الدولة فى الاقتصاد تـدخلا عـاما شـاملا، مما أدى إلى أن أصبح القـانون أداة فعـالة لتبريـر هذا التـدخل على حساب الحقـوق والحريات لصـالح تفوق الـدولة تحت مسمى المصلحـة العامة. وقد أدى اختـلال التوازن بين الحقوق والحريات من ناحيـة، والمصلحة العامة من نـاحية أخرى إلى انتكـاس مفهوم الـدولة القـانونيـة المرتبط بالـديمقراطيـة، وتفوق العنصر الشكلى فى سيـادة القانـون المتمثل فى التزام المخـاطبين بأحكـامه على حسـاب عنصره الموضوعى المتمثل فى احترام حقوق الأفراد وحرياتهم[1]. إلا أن ذلك لم يكتب له الدوام لانعـدام عوامل الاستقـرار والأمن القانونى المرتبطـة بحماية الحقـوق والحريات؛ ففجأة دب الاضمحلال فى بنيان الـدولة كما بدا فى ألمانيا الشرقية، ثم سقـوط الدولة كما حدث للاتحاد السوفيتى، وهو ما يعنى انهيار النظام القانونى فى هاتين الدولتين.

ويقابل هذا النموذج الـذى انهار نظامه القانونى، نموذج آخـر يحترم المبادرة الفردية وروح قانون السوق يقوم على نظام الحريـة الاقتصادية. وهو ما لا يتمشى إلا مع احترام الحقـوق والحريـات، وبالتـالى تطبيق الـديمقـراطيـة بما تتطلبه من تـوازن بين الحقـوق والحريات فيما بينهـا وبين المصلحة العامة. ويحكم هـذا التوازن المبادئ والقـواعد التى تنظم الدولة القانونية فى نظام الحرية الاقتصـادية القائم على قانون السوق، والتى توازن بين دور الدولـة فى الاقتصاد الحر، وبين المبادرات الفرديـة فى هذا النظام. ويأخـذ هذا التوازن إطارا خاصا فى اقتصاد الدولة النامية نظرًا إلى أنه لا يمكنه أن يتحول فجأة بعصا سحـرية إلى نظـام اقتصـاد السوق على النحـو المطبق بصفـة مستقـرة فى دولة أخـرى. فالاقتصاد النـامى يفترض تغييرا فى السلوك وتحولا عميقا فى العقليات، وهـو ما يتطلب

(١) انظر ما تقدم ص ٢٠.

وقتا يمكن فيـه حدوث التغيير والتحول. إلا أنـه لا يمكن أن يتم ذلك بمعزل عن دور الدولة فى التنمية وفى إدارة الاقتصاد. فمازال للدولة مهام خاصة بها وحقوق لها عليها أن تمارسها، تتمثل فى تحقيق العدالة، والـدفاع، والتعليم، وتأمين المواطنين. وعلى الدولة تحديد قـواعد السـوق فيما يتعلق بالملكيـة الخاصة، وحريـة المنافسـة، وحماية الاستثمار وطنيا وأجنبيا، وعليها حماية الإنتاج الوطنى ضد الإغراق، وعليها رعاية استقرار تطبيق هذه القواعد. وعلى الدولة أيضا تشجيع الأفراد على ممارسة أنشطة ذات مصلحة جماعية وأن تشارك فى دفع مشروعات كبيرة لا يستطيع الأفراد تحمـل مسئوليتها وحدهم. وعلى الدولـة أن تعمل على توسيع رقعة الملكية الخاصـةللمشروعات(١). ومن خلال سيـاسة اقتصاديـة سليمة تقـوم على الجمع بين السيـاسة النقـدية والسيـاسة الماليـة فى الموازنة، يمكن ضمان استقـرار الاقتصـاد وتنظيم النمو. وتـؤكـد السياسـات الحاليـة لكثير من الاقتصاديات الناميـة أهمية السيطرة على النفقات العامة، والالتجـاء المعتدل إلى فرض الضرائب، والحد من الاقتراض لتحقيق هـذا الهدف. وقـد نبه ريمـون بـار إلى شرطين هامين لنجاح الاقتصاد هما: المنافسة والمرونـة، وقال إن المنافسة يجب أن تكون فى إطار قـواعد واضحـة تجنب السيطـرة والاحتكـار، وأن المرونة لا تعنى أكثـر من القـدرة على تكيف الهياكل والتنظيمات والعقليات لمواجهة التنافس العالمى(٢).

وبجانب ذلك، يجب على الـدولة أن تضع سياسة اجتماعيـة تضمن حماية المواطنين ضـد الأخطـار وأن تضمن تكـافـؤ الفـرص وأن تحارب الاستثنـاءات، وأن تشجع على العمل، وأن تنمى روح القيام بالمشروعات.

ومن مجمـوع هذه السيـاسات يتطـور شكل تـدخل الدولـة من اقتصاد الأوامـر إلى

---

(١) قضت المحكمة الـدستورية العليـا فى مصر أن ما تنص عليـه المادة ٢٩ من الدستور من أشكـال للملكية تتقدمها الملكية العامة، وتقوم إلى جانبها كل من الملكية التعاونية والملكية الخاصة، ليس إلا توزيعا للأدوار فيما بينها لا يحول دون تسانـدها وخضوعها جميعـا لرقابة الشعـب، ومقتضاها أن يكـون الاستثمار العام وقودا للتقدم، معبدا الطريق، فلا يقتصر على ميادين محدودة، بل يمتد إلى مواقع رئيسية تعمل الدولة من خلالها على تنفيذ مهامهـا السياسية والاجتماعية. (دستورية عليـا فى أول فبراير سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٧) تابع فى ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧).

(٢) انظر: Raymond Barre; Contribution d'un économiste à la réflexion de juristes sur le rôle de l'État dans le developpment de l'économie (Institut international de droit d'expression et d'inspiration Francaise, le rôle de l'Etat dans le développement de l'économica, Approches nationales, Bruylant, 1997, pp. 11 - 17.

اقتصاد القـواعد والسياسـات . وتزدهر سيادة القـانون فى ظل اقتصاد القـواعد كما أنها تتراجع غالبـا فى ظل اقتصاد الأوامـر، فسيادة القانـون تتطلب خضوع الجميع لقـواعد معـروفة سلفـا تحكم مختلف العلاقـات وأن يتحقق قـدر من التوازن فى عـلاقات هـذه الأطـراف . ويختلف الأمر فى اقتصـاد الأوامر حيث تصـدر الدولـة من خلال أجهـزتها أوامر واجبة التنفيـذ على آخرين، ولو اتخذت شكل القوانين؛ لأنـه فى هذه القوانين لا يتحقق التوازن بين الأطراف، لأن الدولـة غالبا ما تكون أحد أطـراف هذه العلاقات بما تملكـه من سلطة تضع بها كـافـة المتعاملين معهـا فى مركـز الضعيف(١). وفى اقتصـاد القواعـد يتجلى مبدأ التناسب لكى يتحقـق التوازن المطلوب بين الحقـوق والحريات من جهة وبين المصلحة العامـة من جهة أخرى . ويتجلى التوازن مع المصلحة العـامة بوجه خـاص فى المشروعات العـامة التى تهدف من ورائهـا الـدولة إلى تحقيق الخدمـة العامـة كمصلحة عامة . وتأثر هذا التوازن من الناحية القانونية من خلال عدة أدوات للتحليل الاقتصادى مثل أداة التـوازن بين التكاليف والمزايـا التى تعود على المشروع «L'analyse coûts avantages» وأداة المعـايير المتعـددة لتقييم أهميــة كل معيـار فى تحقيق هـدف معين(٢). ومن خـلال كـل من هـذه الأدوات يتم البحث عن أفضـل الطـرق لتحقيق التناسب داخل القاعدة القانـونية التى تسعى نحو تحقيق الهدف المطلوب، بما يحقق فى ذات الوقت التـوازن بين الحقوق والحريـات من جهة، وبين المصلحـة العامـة من جهة أخرى .

ويبين مما تقـدم، أن إطار التوازن بين الحقـوق والحريات من جهـة، وبين المصلحة العامة من جهة أخرى يتأثر بـالنظام الاقتصادى . كما يبين أن نموذج هذا النظام يثير فى ذاته قضية الديمقـراطية بالنسبة إلى دور الأفراد فى التنمية الاقتصـادية . وبذلك يتضح من مجموع ما تقدم مدى الارتباط الوثيق بين الاقتصاد والديمقراطية والدولة القانونية .

---

(١) انظر الدكتور حازم الببلاوى، دور الدولة فى الاقتصاد، دار الشروق سنة ١٩٩٨ ص ٦٦ ـ ٦٩ .

(٢) فإذا استهدفت الحكومة مكافحة حوادث الطـرق، فإنها توازن بين تكلفة حوادث الطرق (ومنها مصاريف العلاج فى المستشفيـات)، وعدد الأشخاص الذين أنقـذت حياتهم، وتأثير التدابير المقترحة حـول سلوك مستخـدمى الطرق . وفى ضـوء ترتيـب هذه المعـايير وفقا لـدرجـة تأثيرها يمكن اتخاذ التـدابير التى تحقق الأهداف المتوخاة . وتعتبر هذه التدابير هى (المتناسبة) مع الحالة محل البحث .

انظر: Xavier Philippe, op. cit., pp. 22 - 24.

الفصل الثانى

مبـــدأ المســـاواة

٣١- فكرة عامة :

يرتبـط مبدأ المساواة بمفهـوم حقوق الإنسـان . وقد نصت المادة ١٤/ ١ مـن العهد الدولى للحقـوق المدنية والسيـاسية (١٩٦٦) على أن جميـع الأشخاص متسـاوون أمام القضاء . وتطبيقا لذلك نصت المادة ١٤/ ٣ من هذا العهد الدولى على أن لكل فرد عند النظـر فى أى تهمة جنـائية ضـده الحق فى حـد أدنى من الضمانات على سبيل المسـاواة التامة .

وذهب بعض الفقهـاء إلى أن المساواة هى تـوأم الحريـة ، لأنه بـدونها تصبح ممارسـة الحريات العامة كلمة عابثة[١] . وقال جان جاك روسو فى كتابه عن العقد الاجتماعى إن الحرية لا يمكن أن تبقى بغير المساواة[٢] . وقد أكد الدسـتـور المصرى مبدأ المساواة أمام القانون فيما نص عليه فى المادة ٤٠ من أن « المواطنين لدى القانون سواء ، وهـم متساوون فى الحقـوق والواجبـات العامـة ، لا تمييز فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغـة أو الدين أو العقيدة »[٣] .

وقد قضت المحكمـة الدستوريـة العليا فى مصر بصدارة مبـدأ المساواة أمام القـانون لباب الحريـات والحقوق العامـة فى الدستور، باعتبـاره أساس العدل والحريـة والسلام

---

(١) L.G.D.J., J. Robert, Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration, 1956, p.9.

(٢) مشار إليه فى Thierry Renoux, op. cit., p.450.

(٣) تقـابل المادة (٣) فى كل من دستور ١٩٢٣ ، ودستـور ١٩٣٠ ، وتقابل المادة (٢) فى الإعـلان الدسـتـورى الصادر فى ١٠ من فبراير سنة ١٩٥٣ ، وتقـابل المواد (٣١) فى دستور ١٩٥٦ ، (٧) فى دستور ١٩٥٨ ، (٢٤) فى دستور سنة ١٩٦٤ .

الاجتماعى وعلى تقدير أن غايته صون حقوق المواطنين وحرياتهم فى مواجهة صور التمييز التى تنال منها أو تقيد ممارستها [١].

ويعتبر مبدأ المساواة من المبادئ العامة للقانون، ويرتكز على أساس من الفلسفة السياسية للديمقراطية باعتبار أن الحرية لا توجد ما لم تكن متاحة للجميع، فلا ديمقراطية بغير حرية. ولهذا يستخدم مبدأ المساواة لتطبيق جميع القواعد المتعلقة بالحقوق والحريات. فهو مبدأ وسيط لتطبيق سائر هذه القواعد. ولهذا يعتبر مبدأ المساواة أحد دعائم الدولة القانونية، على أساس أن سيادة القانون لا تعلو ما لم يطبق على قدم المساواة. وبناء على ذلك، لا يحتاج إقرار هذا المبدأ إلى نص صريح فى القانون باعتباره جزءا مفترضا فى النظام القانونى فى الدولة القانونية، ومن ثم فإنه يتمتع بالقيمة الدستورية سواء بناء على نص صريح فى الدستور (مثاله المادة ٤٠ من الدستور المصرى)، أو باستخلاصه ضمنا من مواده التى تعتنق النظام الديمقراطى ومبدأ سيادة القانون.

ولا تقتصر القيمة الدستورية لهذا المبدأ على الحقوق والحريات التى يحميها الدستور، وإنما ترد أيضا على كافة الحقوق التى يكفلها المشرع للمواطنين فى حدود سلطته التقديرية[٢].

ومع ذلك، فقد شكك جانب من الفقه الأمريكى فى مضمون مبدأ المساواة، فقال البعض بأنه فكرة فارغة[٣]. إلا أن هذا النقد سرعان ما رد عليه البعض الآخر من ذات الفقه بأن هذا المبدأ يكفل المساواة فى الاحترام للمواطنين، وأنه يقيم قرينة قانونية قوية لصالح مساواة الأشخاص فى المعاملة[٤].

---

(١) دستورية عليا فى ١٩ مايو سنة ١٩٩٠ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية (دستورية) مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، الجزء الرابع رقم ٣٣ ص ٢٥٦.

(٢) دستورية عليا فى ١٩ مايو سنة ١٩٩٠ المشار إليه فى الهامش السابق، ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ص ٥ (المجلد الأول) ص ٣٤٤، ٦ ديسمبر سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٤٣ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة ص ٦ ص ٨٠.

(٣) انظر:
Greenawlt, "How Empty is the idea of Equality?", 83 Colum. Law Review, 1167 (1983).

(٤) انظر:
Westen, "How Empty is the idea of Equality?", 95 Haverd Law Review, 537 (1982).

وقـد عنى مجلس الـدولـة المصرى بإعمال مبـدأ المسـاواة فى مختلف المجـالات مثـل المساواة أمـام القضاء[1]، والمسـاواة أمام الـوظائف العـامـة، والمساواة فى التكاليـف والأعباء العـامة، والمسـاواة فى تحمل الضرائب[2]. كما سـار على ذلك مجلس الـدولـة الفرنسى[3].

أما القضـاء الدستورى، فقـد عنى بتفسير مبدأ المسـاواة على نطاق أوسع مما عـرفه مجلس الدولة. ويبـدو هذا الاتساع فى مظهرين: أولهما، المجالات التى ينظـرها القضاء الدستورى، فهى تتسع عما ينظـره مجلس الدولة بحكم اختصاصه المحـدد فى القانون. وثانيهما، أصالة تفسير مبدأ المساواة، نظرا لاختلاف نطـاق السلطة التقديرية الممنوحة لجهة الإدارة عن نطـاق هذه السلطة حين يمارسهـا المشرع؛ و ذلك لأن دور جهة الإدارة يقتصر على تنفيذ أوامـر المشرع فتتقيد بها ممـا يجعل سلطتها التقديـرية بـدرجة محدودة، ومن ثم فلا يمكن لجهة الإدارة أن تـوسع من سلطتها التقديريـة عند وضع اللوائح على حساب مبدأ المساواة إلا بقدر محدود لأنها تتصرف فى نطاق القانون. هذا بخلاف المشرع الذى يمكن أن تنطلق سلطته التقـديرية إلى آفاق أوسع سواء لمحاربـة التمييز المناهض للمساواة أو لتقرير اختلاف فى المعاملة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة[4].

٣٢- مضمون مبدأ المساواة:

استقر قضاء المحكمة الـدستورية العليا على أن المساواة أمام القـانون ليست مساواة

---

(١) قضت محكمـة القضـاء الإدارى بأن منع القضـاء من سماع الـدعـوى من الموظف المفصـول بغير الطريق التأديبى يخالف المبادئ العليا المتعارف عليها وللأصول الدستورية (قضاء إدارى فى ١٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعـة أحكام القضاء الإدارى س ٨ بند ٤٩٩ ص ٩٦٩، ٢٣ نـوفمبر سنة ١٩٥٤ س ٩ بنـد ٤٧ ص ٤٢).

(٢) انظر الدكتور فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة فى حماية الحقوق والحريات العامة، جـ١ سنة ١٩٨٨ ص ١٩٩-٢٠٣.

(٣) انظر تطبيقات مجلس الدولة الفرنسى لمبدأ المسـاواة فى:

Fredmand Mélin - Sovcramenien, op. cit., pp. 33 - 46.

(٤) انظر:

G. Vedel; "L'égalité", la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité, la documentation française, Paris, 1990, p.179.

Ferdinand Mélin - soucramanien, le principe d'Egalité, op. cit., pp.47 - 50.

حسابيـة، بل يملك المشرع بسلطته التقديـرية ولمقتضيات الصـالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية التى يتساوى بها الأفراد أمام القانون[1].

إن المساواة لا تعنى (التطابـق) ولا تتقيد به[2]. فكما قال العميـد ديجى إن المساواة المطلقة (بطريقة رياضية) بين النـاس تؤدى فى حقيقة الأمر إلى عدم المساواة[3]. وقديما قال أرسطـو إن المساواة هـى عدم المساواة بين غير المتسـاويين، بينما عدم المسـاواة هى المساواة بين غير المتساويين. ومن ثم فإن المسـاواة القانونية «L'égalité juridique» لا يجوز فهمهـا بمعنـى ضيق «Strict sensu»، فهى لا تعنى سـوى عـدم التمييـز «Principe de non discrimination»، وهـو مـا ستظهـره بـوضـوح المادة ٤٠ من الدستور المصرى، إذ جرى نصها على أن (المواطنون لـدى القانون سواء، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة).

ويعبر عن مبدأ المساواة كضمان دستورىّ، بالمساواة أمـام القانون. ويلمع هذا المبدأ فى ضوء ما يحتـاج إليه من تحديد لمضمونه الـذى ساهم القضاء الدستـورى فى إيضاحه وبلورته. وقـد ظهرت عدة اصطلاحات للتعبير عن مبـدأ المساواة؛ فذهب البعض إلى أن المساواة القانونية تحمل ثلاثـة معان، هى المساواة أمام القانون «Egalité devant la loi»، والمساواة داخل القـانون «Egalité dans la loi»، والمساواة بواسطـة القانون. وقيل بأن المساواة أمام القانون هو المعنى الذى استهدفته الثورة الفرنسية، وأريد به وضع حد لنظم عدم المساواة العميقة بين المواطنين أمام القـانون. ويقصد به أن القانون يجب

---

(١) المحكمة العليا فى ٦ مارس سنة ١٩٧١ فى القضية رقم ٣ لسنة ١ قضائية «عليا»، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا، القسم الأول، جـ١ ص ١.
دستوريـة عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٨١ فى القضيـة رقم ٧ لسنة ١ قضائيـة «دستوريـة»، مجموعـة أحكام الدستورية العليا جـ١ ص ١٦١، ١٦ مايو سنة ١٩٨٢ فى القضية رقم ١٠ لسنة ١ قضائية «دستورية»، المجموعـة السابقة جـ٣ ص ١٧٦، دستورية عليا فى ٢١ مـايو سنة ١٩٨٩ فى القضيـة رقم ١٦ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٤ ص ٢٤٠، دستورية عليا فى ٤ مايو سنة١٩٩١ فى القضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ قضائيـة «دستورية»، المجموعة السابقـة رقم ٤٢ ص ٣٥١، ١٤ مارس سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضـائية «دستورية»، دستـورية عليا فى ٢ ينايـر سنة ٩ ,١٩ فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية «دستورية».

(٢) انظر: Xavier Philippe, op. cit., p. 92.

(٣) انظر: Thierry Reoux, op. cit., p. 92.

تطبيقه بنفس الطريقة على الجميع مهما كانت مستوياتهم، باعتبار أن القانون بقواعده العامة المجردة ينطبق على الجميع بغير استثناء. أما المساواة داخل القانون، فيقصد بها أن القانون يجب أن يكون عادلا، أى يقرر المعاملة الواحدة للمراكز القانونية الواحدة، بينما يقرر المعاملة المختلفة للمراكز القانونية المختلفة. وقد عبر عن ذلك البعض بالقول بأن فكرة المساواة تتحقق بالاختلاف «Egalité par la differenciation» مما مقتضاه تحقق المساواة حين يضع المشرع قواعد متميزة لكل مجموعة من المواطنين يندرجون تحت مراكز قانونية مختلفة[1]. كل هذا مع مراعاة أن المساواة المتوخاة ليست المساواة الحسابية. ويقصد بالمساواة بواسطة القانون إمكان نقرير معاملة واحدة لمراكز مختلفة، أو العكس بالعكس، إذا اقتضى ذلك سبب موضوعى منطقى[2]. وواقع الأمر، فإن هذه المعانى الثلاثة متساندة متكاملة تعطى مضمونا متكاملا للمساواة يتمثل فى ثلاث ركائز لهذه المعانى على التوالى؛ وهى: مساواة الجميع فى المعاملة القانونية، دون أن تكون محض مساواة حسابية، مع إمكان التمييز فى المعاملة إذا اقتضى ذلك سبب موضوعى منطقى. وكل هذه الركائز جميعا تسهم فى تحديد مضمون المساواة القانونية، أى المساواة أمام القانون. فهى مساواة لا تتحقق إلا بداخل القانون وبواسطته.

ووفقا لما تقدم تتحدد المبادئ الآتية:

(١) تكون المساواة فى المعاملة القانونية لأصحاب المراكز القانونية المتماثلة.

(٢) تخلف المعاملة القانونية لأصحاب المراكز القانونية المختلفة.

(٣) تتحقق المساواة ولو تطلب الأمر التمييز فى المعاملة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة، إذا اقتضى ذلك سبب موضوعى منطقى، يرتبط بالهدف من القانون، وبالمصلحة العامة.

وتثير هذه العناصر الثلاثة المحددة لمضمون المساواة مسألتين:

الأولى: معيار تحديد المراكز القانونية من حيث التماثل أو الاختلاف، نظرا لما يترتب على هذا التحديد من مساواة أو اختلاف فى المعاملة القانونية بحسب الأصل. ويتمثل

---

(١) انظر: Rivero مشارا إليه فى Thierry Renoux, op. cit., p. 451.

(٢) انظر: Marianne Dony, Le principe d'égalité dans l'union européenne, (I.D.E.F., Le juge de l'administration et les droit fondamentaux dans l'espace francophane, 1999, p. 300).

هذا المعيـار ـ كما سنبين فيما بعـد ـ فى الشروط الموضـوعية التى يحدد المشرع على ضـوئها هذه المراكز. والمرجع فى ذلك هو اتصال النصوص التى ترتبها بالحقوق ـ أو الالتزامات ـ التى ترتبها، أى بالهدف من هذه النصوص من حيث أحكامها القانونية.

الثانية: معيـار تحديد التمييـز فى المعاملـة بين أصحاب المراكـز القانـونية المتماثلـة. ويتمثل هذا المعيـار ـ كما سنبين فيما بعد ـ فى ارتباط هذه المعـاملة بالهدف من القـانون والمصلحة العامة على نحو موضوعى منطقى.

والجامع بين معيار المساواة فى كل من هاتين المسألتين هو الموضوعية.

وفى ضوء هذين المعيارين تتحدد المساواة فى المعاملة القانونية فى ضوء محورين:

أولهما: تحديد المراكز القانونية وفقا لشروط موضوعية من حيث التماثل أو الاختلاف.

ثانيهما: تحديد المعاملة القانونية مع المراكز القانونية المتماثلة.

وفيما يلى نحدد مدلول كل من هذين المحورين.

٣٣ـ (أولا) تحديـد المراكز القـانونية وفقـا لشروط موضـوعية من حيث التماثل أو الاختلاف:

تتحدد المراكز القـانونية من حيث التماثل أو الاختلاف وفقا لشروط موضـوعية ترتبط كل الارتباط بالأحكام التى تنشئ الحقوق والالتزامات. ويقصد بالمراكز القانونية فى هذا الصدد أطـراف العلاقـة القانـونية التى تحدد الحقـوق والالتزامـات، فهى لا تتماثل أو تختلف إلا وفقا لشروط موضوعية تتوقف على طبيعة هذه الحقوق أو الالتزامات. فالمركز القانونى للبائع يختلف عن المركز القانونى للمستأجر، فالشروط الموضوعية لتحديد المركز القانـونى للبائع تـرتبط بطبيعة عقـد البيع التى تختلف عن طبيعـة عقد الإيجار. كما أن المركز القـانونى للمـوظف العام يختلف عن المركـز القانونى للعـامل فى شركة خـاصة، لاختلاف طبيعة العلاقة بين الموظف العام والدولة؛ فهى علاقة يحكمها القانون العام، بخلاف العـلاقة بين العامل فى شركـة خاصة وصـاحب العمل؛ فهى علاقـة يحكمها القانـون الخاص. إلا أن اختلاف المراكـز القانـونية ينحصر فى العـلاقة القـانونيـة التى كونتهـا، فقد يتماثل أصحاب هذه المراكـز فى علاقة قانـونية أخرى يتكافئـون فيها مثل التمتع بحق التقاضى، وهى عـلاقة بين الفـرد والدولة تلتـزم فيها الدولـة بتمكن الفرد بوصفه مواطنا من التمتع بحقوقه المدنية والسياسية.

وقد عبرت المحكمة الدستورية العليا عن هذا المعيار في عبارات مختلفة. فبمناسبة تحديد المساواة فى التمتع بحق التعليم قالت بأن السبيل إلى فض التزاحم والتنافس على الفرص المحدودة للتعليم لا يتأتى إلا بتحديد مستحقيها وترتيبهم فيما بينهم وفق شروط موضوعية ترتد فى أساسها إلى طبيعة هذا التعليم وأهدافه ومتطلبات الدراسة فيه، فإذا استقر لأى منهم الحق فى الالتحاق بإحدى الكليات أو المعاهد العالية وفق هذه الشروط فلا يحل من بعد أن يفضل عليه من لم تتوافر فيه تلك الشروط[1]. وبمناسبة الخضوع للضريبة المفروضة فى الخارج، قضت بأن تماثلهم فى الواقعة المنشئة للضريبة وهى تحقيق دخل ناجم عن عملهم فى الخارج ومتولد عنه؛ لا يجوز معه التمييز بينهم فى المعاملة على أساس لا علاقة له بهذه الواقعة، هو الدرجة الوظيفية التى يشغلها فى مصر[2]، أو أن العامل فى الخارج يعمل فى الدولة والقطاع العام، دون القطاع الخاص[3] ـ طالما أن الواقعة المنشئة للضريبة قد توافرت بالنسبة إلى هؤلاء جميعا.

وبمناسبة واقعة فرض الحراسة، قضت بأنه لا يوجد تباين بين المركز القانونى لمن وضعت أمواله تحت الحراسة استنادا إلى قانون الطوارئ، وبين غيرهم ممن يملكون

---

(١) دستورية عليا فى ٢٩ يونية سنة ١٩٨٥ فى القضية رقم ١٠٦ لسنة ٦ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ٣ ص ١١٩. وبناء على هذا المبدأ حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النصوص التى أجازت استثناء بعض فئات الطلبة من شرط المجموع عند الالتحاق بالكليات والمعاهد العليا، قائلة بأن المعاملة الاستثنائية فى القبول بالتعليم العالى التى تضمنتها بعض النصوص التشريعية تستتبع أن يحل أفراد الفئات المستثناة محل من يتقدمونهم فى درجات النجاح فى الثانوية العامة أو ما يعادلها فى الانتفاع بحق التعليم فى مرحلته العالية المحدودة فرصها، «الأمر الذى يتعارض مع طبيعة التعليم وأهدافه ومتطلباته الدراسية فيه»، إذ تقوم هذه المعاملة فى أساسها ودوافعها على تقرير مزية استثنائية للطلبة المستفيدين منها قوامها إما مجرد الانتماء الأسرى إلى من كان شاغلا لوظيفة بعينها، أو قائما بأعبائها فى جهة بذاتها، أو متوليا مسئوليتها فى تاريخ معين أو من كان قد استشهد أو توفى أو أصيب بسبب أداء مهامها، أو من كان حاملا لوسام، وإما أن يكون مناطها الانتماء إلى المناطق النائية بسبب الميلاد أو الإقامة أو الحصول منها على شهادة الثانوية العامة وإما أن يكون منحها مرتبطا بواقعة بذاتها تتعلق بالطلبة أنفسهم من إصابة فى العمليات الحربية أو حصولها على وسام معين، وانظر فى الموضوع نفسه دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٢، القضية رقم ٤١٠ لسنة٧ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية، جـ٥ (المجلد الأول) ص ١٣٢.

(٢) دستورية عليا فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٩٣، القضية رقم ٤٣ لسنة١٣ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا، جـ٦ ص٨.

(٣) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٩، القضية رقم ٣١ لسنة١٧ قضائية «دستورية».

منقولا أو عقارا غير محمل بهذا التدبير ويقيمون دعوى الاستحقاق، وذلك فى صدد حق هؤلاء جميعا فى رفع دعوى الاستحقاق، وأنه بناء على هذه المساواة لا يحق تقييد حق من وضعت أموالهم تحت الحراسة استنادا إلى قانون الطوارئ، فى رفع دعوى الاستحقاق بغرض معين، خلافا للأصل العام. واستندت المحكمة الدستورية العليا فى قضائها فى هذا المثال إلى أن التمييز بين هاتين الفئتين لا يستند إلى أسس موضوعية، وذلك لارتكازه فى مبناه على واقعة الحراسة المعدمة قانونا والتى لا تصلح لإحداث تباين فى المراكز القانونية[1]. وقضت المحكمة الدستورية العليا ـ كذلك ـ بأنه لا يوجد اختلاف فى المركز القانونى بين الأشخاص الطبيعيين الذين شملتهم التدابير الاستثنائية التى فرضتها الدولة عليهم قبل العمل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب، وبين غيرهم ممن لم تشملهم هذه التدابير ويدعون ملكية أموال يقيمون دعوى الاستحقاق لطلبها، وذلك أن هؤلاء وهؤلاء يطلبون رد أموالهم إليهم ـ أيا كان سبب تملكهم لها ـ ولا يتمايزون عن بعضهم البعض إلا فى واقعة بعينها تعد منعدمة فى ذاتها من زاوية دستورية هى تلك التى تتعلق بإخضاع الأولين لتلك التدابير التى فرضتها الجهة الإدارية على وجه غير مشروع، وبالتالى لا تدخل فى تكوين المراكز القانونية التى لا تعتبر كذلك إلا بافتراض مشروعية عناصرها جميعا[2].

---

(١) رتبت المحكمة الدستورية على ذلك القضاء بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة السادسة من القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة فيما قررته من عدم قبول الدعاوى المتعلقة بالحقوق الناشئة عن الحراسة التى فرضت قبل العمل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب أو المترتبة عليها ما لم ترفع الدعوى بشأنها خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون. (دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ١٣٠ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى) ص ١٧٣)، وانظر: دستورية عليا فى ١٥ مايو سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ١٨ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة، جـ ٥ (المجلد الثانى) ص ٣٠٤، ٦ يونية سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٤٢ لسنة ١٧.قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٢٥ (تابع) فى ١٨ يونية ١٩٩٨.

(٢) دستورية عليا فى ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٩ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ ٧ ص ١٠٦. ورتبت المحكمة الدستورية العليا على ذلك عدم دستورية المادة (٥٠) من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ وذلك فيما تضمنه من حظر الطعن ـ بغير طريق إعادة النظر ـ فى الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم فى شأن المنازعات المحالة إلى قضاء القيم وفقا لنص المادة ٦ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة.

وقضت المحكمة الدستورية العليا بما مؤداه أن بلوغ سن التقاعد أساس موضوعى يؤدى إلى وحدة المراكز القانونية للمؤمن عليهم الذين تركوا الخدمة، مما لا يجيز اختلاف معاملتهم فيما يتعلق باستحقاق الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير وفقا لتاريخ بلوغ سن التقاعد (الأول من يولية سنة ١٩٨٧ أم قبل ذلك)(١).

وباستقراء أحكام المحكمة الدستورية العليا وقرارات المجلس الدستورى الفرنسى فيما يتعلق بالشروط الموضوعية التى تتحدد فى ضوئها المراكز القانونية من حيث التماثل أو الاختلاف، نجد أنها تتوقف على طبيعة العلاقة القانونية التى تستند إما إلى النظام القانونى الذى يخضع له الشخص، أو إلى واقعة قانونية ترتب آثارا قانونية.

ومن حيث النظام القانونى الذى تتحدد الشروط الموضوعية وفقا له، فإنه من المستبعد بطبيعة الحال كافة الشروط غير المشروعة والتى تتنافى مع الدستور أو القانون، فهى لا تصلح أساسا لأية علاقة قانونية تتحدد فى ضوئها مراكز قانونية معينة. وفى هذا المعنى قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الحماية القانونية المتكافئة بين المراكز

---

(١) قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا ميز القانون رقم ١ لسنة ١٩٩١ بين المؤمن عليه الذى ترك الخدمة منذ الأول من يولية سنة ١٩٨٧ وذلك الذى تقاعد قبل ذلك فيما يتعلق باستحقاق الحد الأدنى لمعاش الأجر المتغير، يكون قد أخل بمبدأ المساواة، على أساس أن هذا التمييز يستند إلى أسس موضوعية؛ لأنه اختص الفئة الأولى بحقوق تأمينية حجبها عن الفئة الثانية (دستورية عليا فى ٢٠ يونية سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٠٢). وواقع الأمر أنه لا جدال فى اشتراط الأسس الموضوعية لتحديد المراكز القانونية، إنما ثار الجدل حول ما إذا كانت الفئة التى أحيلت إلى التقاعد قبل الأول من يولية سنة ١٩٨٧ قد خضعت لنظام قانونى مختلف عن النظام القانونى الذى خضعت له الفئة التى أحيلت إلى التقاعد منذ الأول من يولية سنة١٩٨٧ : وقد ذهبت وزيرة الشئون الاجتماعية إلى أن الفئة الأولى استحقت دون غيرها زيادة بنسبة ٢٠٪ من الأجر الأساسى طبقا للقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٧ وهو ما لم تستحقه الفئة الثانية والتى خضعت لنظام مختلف هو الزيادة فى معاش الأجر المتغير بنسبة ٥٠٪، وأن المساواة بين الفئتين فى زيادة معاش الأجر المتغير أدى إلى أن من أحيل إلى المعاش قبل أول يولية سنة ١٩٨٧ قد استفاد بميزتين هما زيادة الأجر الأساسى بنسبة ٢٠٪، وزيادة المعاش المتغير، وذلك بخلاف من أحيل إلى المعاش منذ أول يولية سنة ١٩٨٧ فإنه استفاد بميزة واحدة هى زيادة المعاش المتغير (انظر مضبطة مجلس الشعب، الجلسة السابعة والسبعين من الدورة الثانية للفصل التشريعى السابع فى ٢٥ مايو سنة ١٩٩٧ ص ١٩ وما بعدها). ووفقا لهذا الرأى الأخير قضى المجلس الدستورى الفرنسى بأن استفادة البعض من نظام المعاش التكميلى مع عدم استفادة البعض الآخر من هذا النظام بعد إلغائه، لا يعتبر إخلالا بمبدأ المساواة. ويستند هذا المبدأ إلى اختلاف المراكز القانونية لأصحاب المعاش بالنظر إلى النظام الذى كانوا يخضعون له عند إحالتهم للمعاش.

انظر: Déc. no. 94 - 348. Dc du 3 août 1994, Recueil jur. Const. (1994 - 1997), p. 602.

القانـونية المتماثلـة تفترض بداءة أن يكـون بنيان هـذه المراكز جميعهـا متوائما مـع أحكام الدستور بما يؤكد مشروعيتها ، وإذا كان تقرير الضريبة المطعون عليها مخالفا للدستور مما اقتضى الحكم بانعدامها ، وكان العدم لا يقـاس عليه ، ولا مساواة فيه فإن مد حكمها إلى آخرين ، لا يكون جائزا[1]. وقضت بأن التباين فى المراكز القانونية لا يقوم على واقعة فرض الحراسـة على نحو مخالف للـدستور، وهى واقعة تنحـدر إلى مرتبـة الأعمال المادية عديمة الأثر[2].

ومن أمثلة التمايـز فى المراكز القانونيـة وفقا لاختلاف النظم القانـونية التى تحكم كل منها ، اختلاف المركز القانونى للقاضى المطلـوب رده عن المركز القانونى لطالب الرد فى خصوص حقوقه[3]. وكذلك اختلاف المركز القانونى لرجال القضاة عن غيرهم فى مجال دعوى الصلاحية لارتبـاطها بالوظيفة القضائيـة صونا لها[4]. وكذلك اختـلاف المراكز القانونية المترتبة على اختلاف الجنسية[5]، واختـلاف الشخص الطبيعى عن الشخص المعنوى[6]، وطبيعة عقد العمل[7]، ونوع الكادر الوظيفى الذى يتبعه الموظف[8].

---

(١) دستورية عليا فى ٨ إبريل سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ١٩ لسنة١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الـدستورية العليا ، جـ٦ ص ٦٠٩ . وتطبيقا لهذا المبـدأ قضت المحكمة الـدستوريـة العليا فى القضيـة المذكورة بعدم دستورية الفقرة (د) من البند (٤) من المادة ٧٩ من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ بشأن نقابة المهن التعليمية المعدل بالقانون رقم ١٢٠ لسنـة ١٩٨٣ وذلك فيما نصت عليه من أن ما تحصله النقابة من فئات دمغـات المهن العلمية التى تتحملها الشركـات المنتجة للكميـات الصناعية تعتبر جـزءا من عناصر التكلفة .

(٢) انظر دستوريـة عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقـم ١٣٠ لسنة٥ قضائية «دستوريـة»، المجموعة السابقـة جـ ٥ (المجلـد الثانى) ص ١٣٧ ، دستـورية عليـا فى ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥ فى القضيـة رقـم ٩ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٧ ص ١٠٦ .

(٣) دستورية عليا فى ١٥ إبريل سنة ١٩٨٩ فى القضية رقم ١٧ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٤ ص ١٧٧ .

(٤) دستورية عليا فى أول فبرايـر سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٣ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، المجمـوعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول) ص ١٤٢ .

وفى هذا المعنى قرر المجلس الدستـورى الفرنسى أن قيد رجال القضاء فى قائمـة أصحاب الكفاءة الخاصة يعتبر معيارا موضوعيا يبرر تمتعهم بمدة أقدمية ، عندما تحسب أقدميتهم المطلوبة للترقية .

Déc. no. 92 - 305 Ds du 21 février 1992, Recueil, op. cit., p. 483.

(٥) Déc. no. 89 - 269 Ds du 22 janvrier 1990, Recueil, op. cit., p. 392.

(٦) Déc. no. 93 - 320 Ds du, Recueil, op. cit., p. 526.

(٧) Déc. no. 80 - 128 Ds du, Recueil, op. cit., p. 99.

(٨) Déc. no. 76 - 67 Déc. du 15 juillet 1976, Recueil, op. cit., p. 39.

ومن التمايز فى الواقعة التى يرتب عليها القانون أثرا، الاختلاف فى الوقائع ذات الأثر القانونى، مثال ذلك الاختلاف فى كمية البضاعة كسبب يبرر الاختلاف فى المعاملة الضريبية[١]، والاختلاف فى عدد العاملين فى شركات القطاع العام كسبب يبرر الاختلاف فى النظام القانونى المطبق على هذه الشركات[٢]، وزيادة عدد السكان والأهمية الجمالية لموقع المكان كسبب يبرر تمايز هذا المكان بحصيلة ضريبية أوفر عند توزيع حصيلة الضرائب[٣]، والموقع الجغرافى لجهة العمل[٤]، واختلاف زمان حدوث الواقعة أو العمل القانونى كمبرر للاختلاف فى الأثر القانونى لتطبيق القواعد الوظيفية الجديدة[٥].

وواضح مما تقدم أن القضاء الدستورى قد أقام المعيار القائم على أسس موضوعية فى تحديد المراكز القانونية كأساس للحماية المتكافئة للحقوق والحريات. ومن خلال تحديد هذه الأسس الموضوعية يعبر القانون عن سياسة محددة أنشأتها أوضاع لها مشكلاتها، ويتغيا بالنصوص التى يتضمنها تحقيق أغراض بذواتها من خلال الوسائل التى حددها. وفى هذا الاتجاه ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه كلما كان القانون مغايرا بين أوضاع أو مراكز أو أشخاص لا تتحدد واقعا فيما بينها، وكان تقديره فى ذلك قائما على أسس موضوعية، مستلهما أهداف النزاع فى مشروعيتها، وكافلا وحدة القاعدة القانونية فى شأن أشخاص تتماثل ظروفهم بما لا يتجاوز متطلباتها، كان القانون فى إطار السلطة التقديرية التى يملكها المشرع ولو تضمن تمييزا مبررا لا ينال من مشروعيته الدستورية أن تكون المساواة التى توخاها وسعى إليها بعيدة حسابيا عن الكمال[٦].

(١) Déc. no. 82 - 152 Ds du 22 javrier 1983, Recueil, op. cit., p. 124.

(٢) Déc. no. 83 - 162 Ds du 19 et 20 juillet 1993, Recueil, op. cit., p. 157.

(٣) Déc. no. 91 - 291 Ds du 6 Mai 1991, Recueil, op. cit., p. 442.

(٤) Déc. no. 79 - 107 Ds du 12 juillet 1979, Recueil, op. cit., p. 73.

(٥) Déc. no. 81 - 130 Ds du 30 occtopre 1983, Recueil, op. cit., p. 102.

وقد قضى فى هذا القرار بأنه يعتبر مطابقا للدستور النص التشريعى الذى ينص على استمرار رؤساء الجامعات ومديرى وحدات التعليم والبحث العلمى المنتخبين قبل أول يولية ١٩٨٠ فى وظائفهم حتى نهاية مدتهم، مع مراعاة انتهائها اعتبارا من تاريخ انتخاب الرؤساء والمديرين الجدد بواسطة المجالس الجديدة. وقد نص القانون على جواز تجديد مدة هؤلاء بشرط ألا يكونوا ممن انتهت مدة شغل وظيفتهم الجارية، وكان شغلهم لهذه الوظيفة تاليا مباشرة لمدة أخرى. وقد رأى المجلس الدستورى أن الاختلاف فى المعاملة بين شاغلى هذه الوظائف يرجع إلى الاختلاف فى مراكزهم القانونية مما يبرر خضوعهم لقواعد مختلفة.

(٦) دستورية عليا فى ٦ مارس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٣٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١١ فى ١٨ مارس سنة ١٩٩٩.

٣٤- (ثانيا) تحديد المعاملة القانونية بالتساوى مع المراكز القانونية المتماثلة :

تتحدد المعاملة القانونية بالتساوى مع المراكز القانونية المتماثلة فى إحدى صورتين للمساواة :

الأولى : هى المساواة بالمعنى الضيق ، ويسميها البعض بالمساواة الشكلية «égalité formelle» وفيها تتساوى ـ بغير تمييز ـ المعاملة مع أصحاب المراكز المتماثلة طالما كانت غير متناقضةمع الهدف من القانونأو مع المصلحة العامة . وهذا هو الأصل العام فى المساواة[1].

الثانية : هى المساواة بالمعنى الواسع ، والتى يسميها البعض بالمساواة المادية «égalité materielle» حيث تتم المساواة مع المراكز القانونية المتماثلة ، مع بعض التميز المرتبط بالهدف من القانون , والمصلحة العامة[2].

وواقع الأمر ، فقد كان للقضاء الدستورى الفضل فى تحديد معنى المساواة فى صورتيها . وقد أثار تحديد هذا المعنى وجود علاقة مطلقة مع فكرة التناسب التى تعتبر معيارا للتوازن بين الحقوق والحريات من جهة ، وبين المصلحة العامة من جهة أخرى . فالمساواة بين المراكز القانونية المتماثلة تتحقق طالما كانت المعاملة المقررة لهذه المراكز متماثلة فى ضوء الهدف من القانون ومع مراعاة المصلحة العامة ، فلا تتحقق المساواة إذا لم يحدث التناسب المذكور. وبعبارة أخرى ، فإن مبدأ المساواة يتطلب تناسبا مطلقا ولا يتطلب مساواة حسابية مطلقة . فإذا اقتضى التناسب بالنظر إلى الهدف من القانون والمصلحة العامة إعطاء معاملة واحدة لسائر المراكز القانونية المتماثلة تحققت المساواة بمعناها الضيق .

ويتضح مما تقدم كيف أن التناسب يلعب دورا معياريا حاسما فى تحديد التوازن بين الحقوق والواجبات من جهة ، وبينها وبين المصلحة العامة من جهة أخرى[3]. كما يلعب هذا الدور ذاته فى تحديد مدلول المساواة وذلك باعتبار أن هذا المدلول يرتكز بدوره على فكرة التوازن سالفة البيان ، لأن المساواة فى ذاتها ليست إلا صورة من هذا التوازن[4].

وفيما يلى نحدد مضمون كل من المساواة بالمعنى الضيق ، والمساواة بالمعنى الواسع .

---

(١) انظر: Xavie Philippe, op. cit., p. 93.

(٢) انظر: Xavie Philippe, op. cit., p. 93.

(٣) انظر ما تقدم بند ٢٧ .

(٤) انظر ما تقدم بند ٢٥ .

٣٥- المساواة «بالمعنى الضيق» بين المراكز القانونية المتماثلة :

ويقصد بها المساواة بغير تمييز بين المراكز القانونية المتماثلة، لعدم تناقضها مع الهدف من القانون، أو مع المصلحة العامة.

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنه متى تماثلت المراكز القانونية وفقا لشروط موضوعية تعين المساواة بينها فى الحقوق والحريات سواء كان مصدرها الدستور أو التشريع.

وتطبيقا لذلك قضى بأن حرمان طائفة من المواطنين من حق التقاضى مع تحقق مناطه ينطوى على إهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يحرموا هذا الحق[١]. وقضى بأن حرمان طائفة معينة من حق الترشيح الذى كفله الدستور للمواطنين فى المادة ٦٢ منه، يعتبر إخلالا لمبدأى تكافؤ الفرص والمساواة أمام القانون[٢]. وقضى بأن التفرقة بين طائفتين من الملاك انتظمتهم أسس موحدة، تجعلهم جميعا يقفون على قدم المساواة، من حيث قصر الزيادة فى الأجرة المقررة فى القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ٧ من القانون إلى ملاك المبانى المؤجرة لغير أغراض السكنى دون استثناء، وأيا كانت طبيعة النشاط الذى يتم ممارسته فيها؛ لا ترتكز فى قواعدها على أسس تتصل بالهدف الذى تغياه المشرع من تقريره هذه، مما أدى إلى حرمان طائفة معينة من الملاك من الحق فى زيادة الأجرة مع تحقق مناطه مما يعد تفرقة تؤدى إلى إهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين الملاك الذين لم يحرموا هذا الحق[٣]. وقضى بأن كفالة الحقوق الساسية جاء رهينا بصفة «المواطنة» فحسب، مما يوجب معاملة كافة المواطنين المرشحين معاملة قانونية واحدة ما لا يجوز معه التمييز بين المرشحين على أساس انتمائهم لأحزاب سياسية، ويؤدى تبعا لذلك إلى اعتبار النص الذى يحدد مقعدا واحدا فى كل دائرة مخصصا لنظام الانتخاب الفردى يتنافس عليه المرشحون من أعضاء الأحزاب السياسية والمرشحين غير المنتمين إليها، مع تخصيص عدة مقاعد فى الدائرة خالصة لمرشحى القوائم الحزبية؛ منطويا على إخلال صريح بحق المواطنين غير

---

(١) دستورية عليا فى ٥ يناير سنة ١٩٨٥ فى القضية رقم ٤٠ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ ٣ ص ١٠٢.

(٢) دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ فى القضية رقم ١٣١ لسنة ٦ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ ٤ ص ٣١، ١٥ إبريل سنة ١٩٨٩ فى القضية رقم ١٤ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٤ ص ١٩١، ١٥ إبريل سنة ١٩٨٩ فى القضية رقم ٢٣ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٤ ص ٢٠٥.

(٣) دستورية عليا فى ٢٩ إبريل سنة ١٩٨٩ فى القضية رقم ٢١ لسنة ٧ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ ٤ ص ٢١٨.

المنتمين لأحزاب سياسية فى الترشيح على قدم المساواة[١]. وقضى بأن التكافؤ فى الشروط الموضوعية للقبول بالمعاهد التعليمية يؤدى إلى تساوى المتزاحمين على فرص النفاذ إليها فى المراكز القانونية بالنسبة إلى المرحلة التعليمية التى قبلوا منها، فإذا لم تتكافأ التزاماتهم المالية فى مجال التأمين الصحى يعتبر إهدارا لمبدأ المساواة[٢]. وقضى بأن مبدأ المساواة يتطلب ألا يتمايز المواطنون فيما بينهم فى مجال حقهم فى اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى، ولا فى نطاق القواعد الموضوعية والإجرائية التى تحكم الخصومة عينها، ولا فعالية ضمانة الدفاع التى يكفلها الدستور للحقوق التى يطلبونها، ولا فى اقتضائها وفق مقاييس واحدة عند توافر شروط طلبها، ولا فى طرق الطعن التى تنتظمها، بل يجب أن يكون للحقوق ذاتها قواعد موحدة ولا يجوز بالتالى أن يعطل المشرع إعمال هذه القواعد فى شأن فئة بذاتها من المواطنين[٣].

وقضى بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ٣ من القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٧٣ فى شأن الخدمة العامة للشباب الذى أنهى المراحل التعليمية، وذلك فيما نصت عليه من إضافة مدة التكليف بالخدمة العامة إلى خدمة المكلف بعد تعيينه، ودون أن يقتضيها للمكلف على هذا النحو بألا تتجاوز أقدميته أقدمية زميله فى التخرج الذى عين فى ذات الجهة، باعتبار ذلك تمييزا غير مبرر[٤].

ومن قرارات المجلس الدستورى فى هذا الشأن أن مبدأ المساواة يتعرض للانتهاك إذا أجاز نص فى قانون الإجراءات الجنائية (الفرنسى) لرئيس المحكمة الابتدائية فى مواد الجنح، إحالة المتهم إلى محكمة من قاض واحد أو إلى محكمة من ثلاثة قضاة، نظرا لما ينطوى عليه هذا النص من تقرير معاملة مختلفة لمواطنين تتوافر لديهم مراكز قانونية

---

(١) دستورية عليا فى ١٩ مايو سنة ١٩٩٠ فى القضية رقم ٤٠ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ٣ ص ١٠٢، وانظر: ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٧ ص ٤٧٠.

(٢) دستورية عليا فى ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ٧ ص ١٩٤.

(٣) دستورية عليا فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٧٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٥١ فى ١٨ ديسمبر ١٩٩٧، ٣ يناير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٣ فى ١٥ يناير سنة ١٩٩٨، ٧ فبراير فى القضية رقم ٦٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٨ فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨.

(٤) دستورية عليا فى ٩ مايو سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٢١ فى ٢١ مايو ١٩٩٨.

واحدة[1]. وقرر المجلس الدستورى الفرنسى أن حرمان الشخص المعنوى الذى يعمل بقصد الربح من حق الرد فى الصحف فى الحالات التى تنشر فيها عنه معلومات تمس سمعته أو شرفه، إذا كان هذا النشر فى نطاق أعمال الاتصالات السمعية والبصرية، يعتبر إخلالا بمبدأ المساواة، باعتبار أن هذا الحرمان لا يتفق مع المعاملة المقررة للأشخاص المعنوية المتماثلة[2].

وقضت المحكمة العليا الأمريكية بأن محاكمة السود أمام هيئة محلفين كبرى يختلف تشكيلها عن ذات الهيئة عندما تنظر فى محاكمة البيض يعتبر إخلالا بمبدأ المساواة، لأهمية هذه الهيئة كضمان فى المحاكمة الجنائية[3].

٣٦- المساواة «بالمعنى الواسع» بين المراكز القانونية المتماثلة :

ويقصد بها المساواة التى تتحقق بالتمييز بين المراكز القانونية المتماثلة إذا استند التمييز إلى الهدف من القانون أو إلى المصلحة العامة أو إلى الاثنين معا[4].

لقد حظر الدستور كل تمييز بين المراكز القانونية الواحدة. وهذا الحظر إما أن يكون عاما أو خاصا (أى منحصرا فى بعض المجالات). ويبدو الحظر العام واضحا فى نص المادة ٤٠ من الدستور المصرى التى جرت على أن المواطنين لدى القانون سواء، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة. وتطبيقا لذلك نصت المادة ١٣/ ٢ من هذا الدستور على أنه لا يجوز فرض أى عمل جبرا على المواطنين إلا بمقتضى القانون ولأداء خدمة عامة وبمقابل عادل. فإذا نص القانون على فرض عمل جبرا على مواطنين وميز بينهم فى الأجر رغم وحدة العمل كان غير دستورى. وبناء على التمييز المحظور، عاما كان أو خاصا، لا يجوز أن يقرر القانون ميزة خاصة لأحد المخاطبين.

والمساواة التى عناها الدستور هى ضد التحكم، ولهذا فإن التمييز المنهى عنه هو الأمر التحكمى[5]. فالسلطة التقديرية للمشرع تتقيد بمبدأ المساواة، باعتباره أحد

---

(١) Décision no. 75 - 556, Dc du 23 juillet 1975, Rec. jur. Const. op. cit., p. 32.

(٢) Décision no. 82 - 141, Dc du 27 juillet 1982, Rec. jur. Const. op. cit., p. 126.

(٣) Campbell V. Lousiana, 66 USLW, 428 (April 21, 1998)

مشار إليه فى Annuaire Inter. de Justice., 1998, p. 750.

(٤) Nathali Berard - Maugiron, thése7 op. cit., p. 63

(٥) دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٣ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، جـ ٥ (المجلد الأول) ص ١٤٢، ٦ مارس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٥٥ لسنة١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١١ فى ١٨ مارس ١٩٩٩.

الحقوق التى يحميها الدستور. وقد عبر العميد فيدل عن «التحكم» فوصفه بأنه شيء لا يمكن قبوله بالمنطق أو العقل «Raisonnablement»[1]. ولا شك أن هذا التعريف يشير إلى أن المطابقة للمنطق أو العقل «Rationalit» هى مناط المعاملة المتساوية . وهذا هو ما عبر عنه قضاء المحكمة العليا الأمريكية الذى أخذ كذلك بمعيار المنطق «Mere Rationality»[2]. كما ذهب المجلس الدستورى الفرنسى إلى اعتبار كل تمييز غير منطقى «Irrationnel» أمرا تحكميا لا يستند إلى تبرير أو سبب كافٍ[3]. كما ذهبت المحكمة الدستورية الألمانية إلى أن مبدأ المساواة يتعرض للانتهاك إذا لم يوجد سبب كافٍ «Raison Suffisante» للمعاملة غير المتساوية[4] كما ذهبت إلى نفس الاتجاه محكمة العدل للمجتمعات الأوربية[5].

ومن أمثلة الأمور التحكمية ما قرره المجلس الدستورى الفرنسى أن احترام مبدأ المساواة يتطلب فى القانون الذى ينص على اختيار قضاة المحكمة بالانتخاب ألا يقيم وزنا للأهمية الاقتصادية للمشتركين فى الانتخاب ، وإلا كان غير دستورى لمخالفته مبدأ المساواة أمام القانون، وذلك باعتبار أن هذا القانون يهدف من حيث الغاية إلى تشكيل المحكمة وليس إلى تشكيل جمعية من ممثلى أصحاب المصالح الاقتصادية ، مما لا مجال معه لإعطاء وزن لأصحاب مصلحة اقتصادية معينة فى مجال انتخاب القضاة[6].

وقد اعتنقت المحكمة الدستورية العليا فى مصر ذات المعيار، فوصفت كل تمييز

---

(١) G. vedel, "L'égalité", déclaration des droit de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité, la documentation francaise, Paris, 1990, p. 171.

وانظر: Lavrence H. Tribe, American constitutional law, second edition, Mineala, New York, 1988, p. 1439.

(٢) انظر: Gerald Gunther, Individual Rights in Constitutional Law, Fifth edition, Wstbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1992, p. 270.

(٣) Ferdnand Mélin - Soucramanien, Le principe d'égalité danc la jurisprudence du conseil constitutionnel, op. cit., p. 128.

وراجع ما تقدم فى بند ٢٧، حيث بيَّنا أن التناسب يتحقق خلال مجموعة من الأفكار مثل المنطق وعدم التحكم.

(٤) انظر: Chrestian Stark, La constitution Cadre et mesure du droit, Econemica, 1994, p. 111.

(٥) انظر: Fredinand mélin, Soucramanien, op. cit., p. 128.

(٦) وقد أكد المجلس الدستورى الفرنسى هذا المعنى فى قضية "conseils de pru d'hommes"

Dc. No. 78 - 101 du 17 Janvier. 1979, Recueil jur. const. p.67.

يتعارض مع مبدأ المساواة بأنه تحكمى[1]، ثم اتجهت إلى اعتبار الأمر تحكميا إذا ما تجاوز الحدود المنطقية لتنظيم الحقوق والحريات التى كفلها الدستور[2].

وواقع الأمر، أن التطبيق العملى لمبدأ المساواة يثير مشكلات حول هذا التطبيق نظرًا إلى أن مبدأ المساواة لا يعبر فى ذاته عما يعتبر متساويا، وإنما يحدد فقط أن ما يعتبر متساويا يجب معاملته بطريقة متساوية، وأنه بقدر الإمكان، فإن ما يعتبر غير متساو يجب معاملته بطريقة غير متساوية. ويظل السؤال الحاكم قائما حول تقدير الاختلاف فى المعاملة الذى يمكن أن يتم رغم المساواة فى المراكز القانونية. فما هى الضوابط التى تسمح بهذا الاختلاف دون إخلال بمبدأ المساواة؟ لقد كانت الإجابة عن هذا التساؤل من الأمور الوثيقة التى تعرض لها القضاء الدستورى والمحكمة العليا الأمريكية التى عرفت كثيرا من الاتجاهات فى شأن تحديد المضمون الذى يجب توفيره لضمان الحماية الدستورية بالمعنى المادى رغم الاختلاف فى المعاملة.

لقد بينا فيما تقدم أن المساواة القانونية لا يجوز قصر فهمها بمعنى ضيق إلا إذا كانت غير متعارضة مع الهدف من القانون أو المصلحة العامة، لأن المساواة داخل النظام القانونى ليست مساواة حسابية بين طرفين وإنما تتمخض عن علاقة تناسب بين حماية الحقوق والحريات وكل من الهدف من القانون والمصلحة العامة. فقد أكدنا قبل أن مبدأ التناسب يكفل تحقيق التوازن بين الحقوق والحريات فيما بينها وبين المصلحة العامة

---

(١) دستورية عليا فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٩٤، القضية رقم ٣٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٣٠ ص ٣٨٦؛ ٤ فبراير سنة ١٩٩٥ القضية رقم ٣٩ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٦ قاعدة رقم ٣٥ ص ٥١١؛ ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٦ قاعدة رقم ٤٥ ص ٧٤٠؛ ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ٧ ص ١٠٦.

(٢) دستورية عليا فى ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٤٠ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ١٠ ص ١٩٤؛ ٢ مارس سنة ١٩٩٦ القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ٣٠ ص ٥٢٠. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا تماثلت المراكز القانونية لشاغلى منصب الوزير ومن يعاملون معاملتهم، فلا يجوز التمييز بين من بلغوا سن التقاعد أو تركوا منصب الوزير خلال الفترة من ٧/ ٧/ ١٩٨٧ حتى ٢٩/ ٢/ ١٩٨٨ وبين الذين بلغوا سن التقاعد أو تركوا المنصب اعتبارا من أول مارس ١٩٨٨؛ فى المعاش المستحق لكل من هاتين الطائفتين عن الأجور المتغيرة، مما يترتب عليه الحكم بعدم دستورية المادة الثانية من قرار وزير التأمينات رقم ١١ لسنة ١٩٨٨ بشأن الحد الأقصى لأجر الاشتراك المتغير فيما نصت عليه من أنه «ويعمل به اعتبارا من أول مارس ١٩٨٨». (دستورية عليا فى ٦ مارس سنة ١٩٩٩ فى القضسة رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية العدد (١١) فى ١٨ مارس سنة ١٩٩٩).

فى إطار الهدف من القانون، وذلك ضمانا لوحدة النظام القانونى فى حمايته لمختلف القيم الدستورية. وبهذا التناسب تتحدد المعاملة القانونية الواحدة، والتى - كما سنبين - لا بد أن تراعى كلا من الهدف من القانون والمصلحة العامة. وعلى القاضى أن يتحقق من قيام هذين العاملين وفقا لأسس موضوعية، لكى يصل إلى وحدة المعاملة أو اختلافها. وهنا يتضح أن التناسب صفة مرتبطة بالمعاملة المقررة قانونا للمراكز القانونية المتماثلة حتى نصل إلى المساواة بمعناها الواسع، وأن التمييز المحظور هو التمييز غير المتناسب.

٣٧- (أ) التناسب بين المعاملة القانونية والهدف من القانون:

يجب أن ترتبط المعاملة القانونية بالهدف من القانون، ولو ارتكزت على مراعاة المصلحة العامة[1]. وفى هذا الصدد أكدت المحكمة الدستورية العليا على أن مناط دستورية التنظيم التشريعى الذى ينطوى على تقسيم أو تصنيف وتمييز سواء من خلال الأعباء التى يلقيها على البعض أو من خلال المزايا التى يمنحها لفئة دون غيرها، ألا تنفصل نصوصه التى ينظم بها المشرع موضوعا معينا عن أهدافها ليكون اتصال الأغراض التى وراءه، فإن صادم النص التشريعى بما انطوى عليه من التمييز هذه الأغراض، كان تحكميا[2].

وتطبيقا لذلك قضى بأن الزيادة فى الأجرة المقررة فى المادة (٢٧) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، تنصرف إلى ملاك المبانى المؤجرة لغير أغراض السكنى دون استثناء، وأيا كانت طبيعة النشاط الذى تتم ممارسته فيها، وتنطوى على تفرقة أوجدها المشرع فى المادة (٢٧) سالفة البيان دون أن ترتكز فى واقعها على أسس تتصل بالهدف الذى تغياه المشرع من تقرير هذه الزيادة، مما ينطوى على إهدار لمبدأ المساواة مع الملاك[3].

---

(١) انظر: Décision 94 - 348, Dc du 3 Aôut 1994, Recueil jur. const. op. cit., p. 603.

(٢) دستورية عليا فى ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، جـ ٥ (المجلد الأول) ص ٢٦٢، وانظر فى هذا المعنى دستورية عليا فى ٦ يناير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٥ لسنة٨ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة، جـ٧، ص ٣٤٧.

(٣) دستورية عليا فى ٢٩ إبريل سنة ١٩٨٩ فى القضية رقم ٢١ لسنة ٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة، جـ ٤، ص ٢١٨.

وقضت المحكمة الدستورية العليا بعـدم دستورية الفقرة الخامسة من المادة ٢١ من قانون شركـات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانـون رقم ٢٠٣ لسنة١٩٩١ فيما تضمنته من تحديد حد أقصى للمكافأة السنوية التى يتقاضاها أعضاء مجلس الإدارة المنتخبون، على أساس أن هذا التمييز لا يتصل بالشروط الموضوعية التى ينبغى أن يمارس العمل فى نطاقها (والتى تحدد الهدف من القانون)[١].

وقضت المحكمة الـدستورية العليـا بعدم دستـورية الفقرة الثـانية من المادة ٢١ من قانـون المحاماة الصادر بـالقانـون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣، وذلك فيما تضمنـه من حظر القيـد بجدول المحـامـاة تحت التمريـن لمن جاوز سن الخمسين، على أسـاس أن شرط السن لا يتصل بطبيعة هـذه المهنة الحرة وليس لازما عقـلا لممارستها ولا مرتبطا بجـوهر خصائصها[٢].

وقضت المحكمة الـدستوريـة العليا بعدم دستـورية المادة ١٨ مكررا ثـالثا المضـافة بالقـانون رقم ١٠٠ لسنـة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكـام قوانين الأحـوال الشخصية إلى المرسـوم بقانـون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكـام الأحوال الشخصيـة على أساس أن هـذه المادة مايزت بين الآبـاء المطلقين رغم تماثلهم فى علاقـاتهم بأبنائهم، فى نطاق هذه العـلائق، بأن حد من حقوقهم فى إعداد مكـان ملائم لسكنى صغارهم إذا كان مسكن الـزوجية مـؤجرا، مع بسطهـا إذا كان غير مـؤجر، وهـو تمييز لا ينبنى على أسس موضوعية، وأن توفير مسكن مناسب للصغار يتهيأ لهم من أبيهـم، هو ما لا تقوم بـه مصلحتهم فى النفقة التى لا يجوز ربطهـا على الإطلاق بها إذا كـان مسكن الزوجيـة مـؤجـرا أو غير مـؤجـر، إذ لا شأن لـذلـك بحق الصغـار فى نفقتهم، ولا هـو من مقاصدها[٣].

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر على مراقبة الارتباط بين المعاملة القانونية المقـررة لبعض الفئات وبين الهدف من القانون الذى قرر هـذه المعاملة. ونجد ذلك واضحا فى عديد من المبادئ التى أرستها. فبالنسبة إلى استثناء بعض فئات الطلبة

---

(١) دستوريـة عليا فى ١٦ إبـريل سنة ١٩٩٦ فى القضيـة رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضـائية «دستـورية»، المجمـوعة السابقة، جـ٧، ص ٥٥١.

(٢) دستـورية عليـا فى ١٨ مايـو سنة ١٩٩٦ فى القضيـة رقم ٣٨ لسنـة ١٧ قضائيـة «دستوريـة»، المجموعـة السابقة، جـ٧، ص ٦٣٧.

(٣) دستورية عليـا فى ٦ يناير سنة ١٩٩٦ فى القضيـة رقم ٥ لسنة ٨ قضائيـة «دستورية»، المجموعـة السابقة، جـ٧، ص ٣٤٧.

من شرط المجموع عند الالتحاق بالكليات والمعاهد العليا، حكمت المحكمة بعدم دستورية النصوص التى أجازت هذا الاستثناء، وذهبت ضمن ما قررته من أسباب إلى أن المعاملة الاستثنائية فى القبول بالتعليم العالى التى تضمنتها بعض النصوص التشريعية تستتبع أن يحل أفراد الفئات المستثناة محل من يتقدمونهم فى درجات النجاح فى الثانوية العامة أو ما يعادلها فى الانتفاع بحق التعليم فى مراحله العالية المحدودة فرصها، «الأمر الذى يتعارض مع طبيعة التعليم العالى وأهدافه ومتطلبات الدراسة فيه»، وأضافت المحكمة أن النصوص التشريعية المطعون عليهاقررت معاملة استثنائية للقبول بالتعليم العالى «يرتكز واقعها على أسس منبتة الصلة بطبيعة هذا التعليم وأهدافه ومتطلبات الدراسة فيه»، إذ تقوم هذه المعاملة فى أساسها ودوافعها على تقرير مزية استثنائية للطلبة المستفيدين منها قوامها إما مجرد الانتماء الأسرى إلى من كان شاغلا لوظيفة بعينها، أو قائما بأعبائها فى جهة بذاتها، أو متوليا مسئوليتها فى تاريخ معين أو من كان قد استشهد أو توفى أو نقد أو أصيب بسبب أداء مهامها أو من كان حاملا لوسام، وإما أن يكون مناطها الانتماء إلى المناطق النائية بسبب الميلاد أو الإقامة أو الحصول منها على شهادة الثانوية العامة، وإما أن يكون منحها مرتبطا بواقعة بذاتها تتعلق بالطلبة أنفسهم من إصابة فى العمليات الحربية أو حصول على وسام معين[1].

وفى صدد الارتباط بين التنظيم التشريعى (أى المعاملة القانونية)، وبين الهدف من القانون الذى قرره، قالت المحكمة الدستورية العليا أن التمييز المنهى عنه هو الذى يكون تحكميا، باعتبار أن كل تنظيم تشريعى ليس مقصودا لذاته بل لتحقيق أغراض بعينها تعكس مشروعيتها إطارًا للمصلحة العامة التى يسعى المشرع إلى تحقيقها من ورائه؛ فإن صادم النص التشريعى بما انطوى عليه من التمييز هذه الأغراض، كان تحكميًّا[2]. وربطت المحكمة الدستورية العليا بين موضوعية الشروط التى يحدد المشرع

(١) دستورية عليا فى ٢٩ يونية سنة ١٩٨٥ القضية رقم ١٠٦ لسنة ٦ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية جـ١ قاعدة رقم ٤٢ ص ٢٦٨. وفى نفس الموضوع، دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٢ القضية رقم ٤١ لسنة ٧ قضائية «دستورية»مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول) ص ١٣٢.

(٢) دستورية عليا فى ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية جـ٣ قاعدة رقم ١٧ ص ١٩٤. فى نفس المعنى، دستورية عليا فى ١٩ يونية سنة ١٩٩٣، القضية رقم ٤ لسنة ١٤ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٣٠ ص ٣٥٩، ٩ مايو سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٢١) فى ٢١ مايو سنة ١٩٩٨.

على ضوئها المراكز القانونية التى يتكافأ أصحابها بها أمام القانون وبين اتصال النصوص التى ترتبها بالحقوق التى تتناولها، بما يؤكد ارتباطها عقلا بها، وتعلقها بطبيعة هذه الحقوق، ومتطلباتها فى مجال ممارستها[1]. وتجلى الارتباط بين الهدف من القانون والمعاملة القانونية فيما قررته المحكمة الدستورية العليا فى قرارها بتفسير نص المادة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدلة بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠، بشأن سلطة رئيس الجمهورية فى حالة الطوارئ فى أن يحيل إلى القضاء العسكرى أيًا من الجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات أو أى قانون آخر، فيما قالته من أن سلطة رئيس الجمهورية فى تقدير إحالة جريمة أو جرائم بذاتها بعد وقوعها إلى القضاء العسكرى فى ضوء ظروفها ودرجة الخطورة المتصلة بها سواء بالنظر إلى موضوعها أو مرتكبيها، يكون بوزن كل حالة على حدة بما يناسبها، على ضوء مقاييس موضوعية يفترض فيها استهدافها المصلحة العامة فى درجاتها العليا، «بما لا يناقض حقوق المواطنين عدوانا عليها، أويخل بحرياتهم انحرافا عن ضماناتها»[2]. فهذه العبارة تكشف عن اهتمام المحكمة الدستورية العليا بألا يكون التمييز فى المعاملة القانونية مفتقرا إلى أساس موضوعى معقول بالنظر إلى الهدف الذى يتوخاه القانون.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن الهدف من القانون الذى يبرر التمييز فى المعاملة يجب أن يعكس حماية مصلحة مشروعة، وإلا كان التمييز منطويا على إخلال بمبدأ المساواة[3]. وواقع الأمر أن المشروعية والهدف من القانون وجهان لعملة واحدة، باعتبار أن القانون لا يجتمع إلا مع المشروعية.

---

(١) دستورية عليا فى ٤ فبراير سنة ١٩٩٥ القضية رقم ٣٩ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية جـ٦ قاعدة رقم ٣٥ ص ٥١١. وفى هذا المعنى، دستورية عليا فى ١٨ مايو سنة ١٩٩٦ القضية رقم ٣٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ٤٠ ص ٣٧.

(٢) دستورية عليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ فى الطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «تفسير»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، قاعدة رقم ١ ص ٤١٧.

(٣) دستورية عليا فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٩٤، فى القضية رقم ٣٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٦ ص ٣٨٦. وقد جاء هذا الحكم بعدم دستورية المادة ٥٥ من قانون المحاماة فيما نصت عليه من إعطاء المحامين مزايا استثنائية هو التنازل فيما بين المحامين بعضهم البعض فى شأن الأعيان المؤجرة المتخذة مقارا لمزاولة مهنة المحاماة من الخضوع لحكم المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر (دستورية عليا فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٩٤، فى القضية رقم ٣٠ لسنة ١٥ قضائية دستورية، المجموعة السابقة، جـ٦ ص ٢٨٦).

ويتفق هذا المعيـار مع ما جرى عليـه قضاء المحكمة الأوربية لحقـوق الإنسان التى طالما أكـدت بأن الهدف من القانون هـو المعيار الأساسى إن لم يكن الـوحيد للحكم فى موضوع المساواة[١]. وقد اتجه القضـاء الدستـورى فى ألمانيا والنمسـا إلى التحقق من أن الاختلاف فى المعاملة القانـونية الذى أحدثه التنظيم التشريعى كان ضروريا ومتنـاسبا مع الهدف الذى توخـاه القانون[٢]. واستظهرت المحكمة الـدستورية الألمانية العـلاقة بين المعاملة القـانونية والهدف من القانون فى قولها بأن سبب الاختـلاف فى المعاملة يجب أن يكون موضوعيا ومعقولا، لا بطريقة تحكمية وعامة، وإنما يجب أن يكون دائما بالنظر إلى طبيعة وذاتية الأوضاع الواقعية محل التنظيم التشريعى، وذلك مع مراعاة المعنى والهدف من التنظيم التشريعى المعنى[٣].

واستقر قضاء المحكمة الدستورية الأسبانية على أن الاختلاف فى المعاملة عند وحدة المراكز القانونية يجب أن تبنى على أساس موضوعى معقول[٤].

كما أكدت محكمة التحكيم البلجيكية فى هذا المقام على ضرورة وجود علاقة تناسب وثيقة بين الوسائل المستخدمة (المعاملة القانونية) والأهداف المتوخاة من القانون[٥].

وهذا ما سار عليه كذلك المجلس الدستورى الفرنسى الذى استقر على التحقق من ما إذا كان الاختـلاف فى المعاملة القانونية جاء متكيفـا مع أهداف المشرع[٦]، وقد استقر هذا المجلس على استخلاص انتهاك مبدأ المساواة عند التحقق من وجود خطأ ظاهر فى

---

(١) انظر: Scholsem, L'égalité devant la Cour d'orbitrage, Bruxelle, 1991, p. 778.
Ferdinand Mélin - Soucramanien, op. cit., p.195.

(٢) Ferdinand Mélin - Soucramanien, op. cit., p.195.

(٣) انظر: O. Jouanian, Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand, Economica, 1992, p.129 et s.
وقد أشار إلى حكم هذه المحكمة فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٨٥. O. Jouenian, op. cit., p.268.

(٤) Barbero Santos; Le rôle et l'impact du constitutionnalisme des tribunaux constitution-nelles et des cours suprêmes, sur l'évolution du systeme de justice criminelle, cp. cit. p. 249.

(٥) انظر الأحكام الصادرة سنة ١٩٩٠ المشار إليها فى: Ferdinand Mélin - souramanien, op. cit., p.196
والأحكام الصادرة منها سنة ١٩٩٧ مشارا إليها فى: Chronique, Annuaire Internationnelle p.499.

(٦) انظر: Décision, No. 87 - 232 Dc du 7 Janvier 1988, Recueil, op. cit., p.317; Décision No.93 - 320 Dc du 21 Juin 1993, Recueil, op. cit., p.526.
Décision, No. 99-416 DC du 23 juillet 1999.
وقد قرر المجلس الدستورى فى هذا القـرار الأخير أن وضع سقف لدخل الممول لتحديد المتفعين بنظام التأمين الصحى يتفق مع الهدف من القـانون، وأنه ليس للمجلس الـدستورى أن يبحث فيما إذا كـان هذا الهدف يمكن تحقيقه بوسيلة أخرى، طالما أن الوسائل التى التجأ إليها المشرع ليست فى ظاهرها غير متناسبة.

تقدير المشرع للتناسب، أو تفاوت واضح، أو وجود عدم تناسب مبالغ فيه[1]. واستخلص البعض من الرقابة الدستورية على التناسب أنها بديل عن الرقابة على انحراف السلطة التشريعية[2]. وفى هذا المعنى عبر البعض قائلا بأن المساواة يمكن تحقيقها بإحدى وسيلتين، الأولى لا تقيم أى تمييز بصفة عامة مجردة و«المساواة بالمعنى الضيق»، والثانية تقيم تمييزا بشرط أن يكون هذا التمييز ضروريا على نحو يفترض تلاؤم الوسائل (أى المعاملة المختلفة) مع الأهداف (أى الهدف من القانون)[3].

كما عنيت المحكمة العليا الأمريكية بالربط بين المعاملة القانونية والهدف الذى يتوخاه المشرع[4]، وأكدت المحكمة الدستورية العليا الأمريكية فى عدة أحكام لها الارتباط بين المعاملة القانونية والهدف من القاعدة القانونية التى قررتها. وكانت الأحكام الأولى تشير إلى وجوب الارتباط (المعقول) بين المعاملة والهدف من القانون، ثم اتجهت الأحكام بعد ذلك إلى عدم اشتراط ارتباط وثيق بين المعاملة والهدف، وأنه لا بد من توفير قسط من المرونة لدى المحكمة فى استخلاص هذا الارتباط. إلا أن أحكام المحكمة العليا اتجهت بعد ذلك إلى اشتراط الارتباط الوثيق بين المعاملة المتميزة والهدف من التشريع ارتباطا يفوق مجرد المرونة، وأن وسائل المشرع فى تقرير المعاملة يجب أن تقود (بالضرورة) إلى تحقيق أهداف التشريع وليس إلى مجرد الارتباط المعقول. وذهبت بعد ذلك أحكام أخرى تكتفى بأن تكون المعاملة متعلقة بالأهداف بصفة جوهرية «substantially related to achievement of those objectives»[5].

٣٨- (ب) التناسب بين المعاملة القانونية والمصلحة العامة:

قد يتطلب التوازن بين الحقوق والحريات العامة من جهة، والمصلحة العامة من جهة أخرى، إعطاء تفوق على المصلحة العامة. وفى هذه الحالة يجب أن تتناسب

---

(١) Décision No. 94 - 358 Dc du 26 Janvier 1995, Recueil, op. cit., p.624.

(٢) انظر: Ferdinand Mélin - soucramanien, op. cit., p.199.

(٣) انظر: Nicole Belloubet - Frier, Le principe d'égalité, l'actualité juridique, Juillet - Août 1998, p.163.

(٤) Railway Express Agency, Inc. V. New York, 336 U.S. 106 (1949).

(٥) انظر فى شرح مختلف اتجاهات قضاء المحكمة العليا الأمريكية:
Gerald Gunther, Indiviual Rights in Constitutional law, ibid, p. 272 - 279.

المعاملة القانونية مع المصلحة العامة ولو أدى ذلك إلى التمييز بين المراكز القانونية المتماثلة .

وقد عبر عن ذلك العميد ريفيرو فى قوله بأن القضاء حين أكد بكل قوة مبدأ المساواة ، قد أعطى الأولوية للاهتمام بالمحافظة على المصلحة العامة[1]. وقد أدرج المجلس الدستورى الفرنسى تحت فكرة المصلحة العامة عددا مختلفا من المصالح سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو ثقافية ، أو غير ذلك من المصالح . ويتميز هذا المجلس الدستورى عن بعض جهات القضاء الدستورى فى الارتكاز على المصلحة العامة كمبرر للاختلاف فى المعاملة بين المراكز القانونية الواحدة اعتمادا على ما نصت عليه المادة الأولى من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ والذى يتمتع بالقيمة الدستورية ، فقد نصت هذه المادة على أن الناس يولدون ويستمرون أحرارا متساويين فى الحقوق ، ثم نصت على أن التمييز الاجتماعى لا يمكن تأسيسه إلا على المنفعة المشتركة "Utilité commune" . أو بعبارة أخرى المصلحة العامة كما أشار إلى ذلك قضاء المجلس الدستورى فى فرنسا . ويمكن استخلاص هذا المعيار فى مصر وفقا لمبدأ التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة فى إطار التوازن بين القيم الدستورية التى يحميها الدستور، وضمانا لتكامل هذه القيم .

ومن أمثلة الاختلاف فى المعاملة إشباعا لمصلحة عامة اقتصادية ما قضى به من جواز تقرير اختلاف فى المعاملة بين البنوك التى يملك معظم رأسمالها أشخاص طبيعيون غير مقيمين فى فرنسا أو أشخاص معنوية لا يقع مركزها الرئيسى فى فرنسا ، رغم وحدة المركز القانونى لهذه البنوك ، وذلك على أساس المشكلات التى سوف تتعرض لها هذه البنوك فى حالة تأميمها مما يعرض المصلحة العامة للخطر[٢]. ومثال المصلحة الاجتماعية ما قضى به من أن الاختلاف فى المعاملة التى قررها المشرع من أجل تشجيع تعيين الشباب الذى يتراوح عمره ما بين ١٨ و ٢٥ سنة يحقق المصلحة العامة التى يتوخاها المشرع[٣]. ومثال المصلحة الثقافية ما نص عليه المشرع من إنقاص ما

---

(١) J. Rivero, "Rapport sur les nations d'égalité et de discrimenation en droit public Français", les notions d'égalité et de discrimenation en droit interne et en droit international, Travaux de l'Association Henri capitant, Tome XIV, Dalloz, paris 1965, p.351.

(٢) Décision No. 81 - 132 Dc du 16 Janvier 1982, Recueil, op. cit., p.104.

(٣) Décision No. 86 - 207 Dc du 25 et 26 Juin 1986, Recueil, op. cit., p.254.

تـدفعه الشركـات من هبـات للمؤسسـات أو الجمعيات الثقـافيـة من مجموع الـدخل الخاضع للضريبة، على أساس أن هذا الإنقاص تبرره المصلحة العامة[١].

وقد أشار بعض الفقه الفرنسى[٢] إلى أن المصلحة العامة كسبب للتمييز فى المعاملة يمثل خصـوصية ذاتيـة فى المنازعة الـدستوريـة الفرنسيـة، نظرًا إلى أن بعض المحـاكم الدستـورية الأخـرى لا تعتمد على هذه الفكـرة لتبرير الخروج على مبـدأ المساواة. ومع ذلك، فيلاحظ أن المحكمـة الدستوريـة الألمانية قد اتجهت إلى أن انتهاك مبـدأ المساواة يتحقق بـوضع تنظيم خـاص لا يستند إلى سبب معقـول "Un motif raisonnable" يستخلص من طبيعة الأشيـاء أو حين لا تكون له قيمة أخـرى واضحة Autre valeur "éclairante" تجعل التمييز فى المعاملة مشروعا، فإذا لم يتوافر هذا السبب يكون التمييز تحكميا[٣]. كما ذهبت محكمة التحكيم البلجيكيـة إلى أنه لا يجوز تقرير معـاملة واحدة لمراكـز قـانـونيـة مختلفـة، مـا لم يبرر ذلك سبب مـوضـوعى منطقى "Objective et raisonnable"[٤]. واتجهت هـذه المحكمـــة إلى أن المشرع يجب أن يـوازن بين مختلف الأهداف، فإن هـذه الأهداف قـد تكون عـامة أو أكثر تحديـدا (أى متعلقة بـالمصلحة العـامـة)، ومنهـا الهدف المالى والهدف الاجتماعى، وغير ذلـك من الأهـداف كـالأمن القانونى، وحماية الأسرة، وسرية التحقيق، وحماية البيئة، وفعالية إدارة الجيش[٥].

وفى هذا الاتجاه ذاتـه قضت المحكمة الـدستورية الأسبـانية بأن محاكمـة بعض كبار المسئولين فى الدولـة (أعضـاء البرلمان، الـوزراء ورئيس الحكومـة وغيرهم) أمـام محاكم قضائيـة خاصـة لا تعتبر انتهاكـًا لمبدأ المسـاواة لأن هذه المعـاملة الخاصة لا تـرجع إلى أسبـاب شخصيـة تتعلق بأشخـاص هـؤلاء المسئـولين، وإنما تـرجع إلى تقييم اعتبـار وخصوصية الوظيفة التى يشغلونها، والتى تتعلق بالمصلحة العامة[٦].

وقد أخذت المحكمة الـدستورية العليا فى مصر بمعيار مراعاة المصلحـة العامة عند

---

(١) Décision No. 84 - 184 Dc du 29 Décembre 1984, Recueil, op. cit., p.212.

(٢) انظر: Ferdinand Mélin - Soucramanien, op. cit., pp. 182, 190.

(٣) انظر: Christian Starck, La constitution cadre et mesure du droit, Economica, 1994, p.111.

(٤) انظر أحكاما صدرت سنة ١٩٩٧ مشارًا إليها فى:
Chroniques, Belgique, Annuaire International de Justice constitutionnelle, p.494.

(٥) Chroniques, Belgique, Annuaire, op. cit., pp. 496, 447.

(٦) مثال ذلك الأحكام رقم ٥١ لسنة ١٩٨٥، ٣٠ لسنة ١٩٨٦، و٣٥٣ لسنة ١٩٨٨ وقد أشار إليها
Barbero Santos; Le rôle et l'impact du constitutionnalisme des tribunaux constitutionnelles et des cours supremes, sur l'évolution du systeme de justice criminelle, cp. cit. 249, 250.

المفاضلة بين المصالح المحمية. فقضت بأن النص التشريعى المطعون عليه (المادة ٢١٠ من قانون الإجراءات الجنائية) بحظره الطعن فى قرار النيابة بالأوجه لإقامة الدعوى الجنائية فى تهمة موجهة إلى أحد الموظفين أو المستخدمين العامين لجريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها قد التزم اتجاه رد غائلة العدوان عن هؤلاء فى مواجهة صور من إساءة استعمال الحق فى التعويض عن الأضرار الناشئة عن الجريمة كوسيلة لملاحقة جنائية تقوم على أدلة متخاذلة أو يكون باعثها التجريح، فإن المشرع يكون قد رجح حماية الوظيفة العامة من مخاطر اتهام لا يقوم على أساس من ناحية الواقع أو القانون، ويكون محققا لمصلحة عامة ترتكز على أسس موضوعية لا يقيم فى مجال تطبيقها تمييزا بين المخاطبين بأحكامه المتماثلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليه[1].

كما قررت المحكمة الدستورية العليا فى مجال تفسير عبارة (أيًا من الجرائم التى يعاقب عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر) الواردة فى الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠، أن المقصود بها الجرائم المحددة بنوعها تحديدا مجردا وكذلك الجرائم المعينة بذواتها بعد ارتكابها فعلا. وأسست المحكمة قرارها بالتفسير على أن رئيس الجمهورية إذ يقدر وفقا للفقرة الثانية من المادة السادسة - إحالة جريمة أو جرائم بذواتها بعد وقوعها على ضوء ظروفها ودرجة الخطورة المتصلة بها سواء بالنظر إلى موضوعها أو مرتكبيها، فإنه بذلك يزن كل حالة على حدة بما يناسبها، ويقرر الإحالة أو يغض بصره عنها على ضوء «مقاييس موضوعية» يفترض فيها استهدافها المصلحة العامة فى درجاتها العليا، بما لا يناقض حقوق المواطنين عدوانا عليها، أو يخل بحرياتهم انحرافًا عن ضماناتها[2].

---

(١) دستورية عليا فى ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية العدد ١٩ فى ٧ مايو ١٩٩٢. وانظر أيضا دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية فى ١٦ يناير سنة ١٩٩٧ العدد ٣، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا برفض الطعن بعدم دستورية المادة ٢٣٢ إجراءات بشأن حظر رفع الدعوى الجنائية بالطريق العام المباشر ضد الموظف أو المستخدم العام أو رجال الضبط عن جريمة وقعت منه أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، عدا الجنح المنصوص عليها فى المادة ١٢٣ عقوبات، واستندت المحكمة ضمن ما استندت إليه إلى أن الحكمة من هذا النص هى حماية الوظيفة العامة لا شخص الموظف العام، وأن الموظفين يباشرون أعمال وظائفهم تحقيقا لمصالح المواطنين.

(٢) دستورية عليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣، الطلب رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «تفسير»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ١ ص ٤١٧.

كما عنيت المحكمة الدستورية العليا فى العديد من أحكامها بالإشارة إلى مقتضيات الصالح العـام فى مجال وضع الشروط التى تتحدد بها المراكـز القانـونية[١]، أو فى مجال تحديد الهدف الذى يسعى المشرع لبلوغه من وراء التنظيم التشريعى[٢]. وهو ما يكشف عن اعتبارها المصلحة العـامة هى الأولى بالرعاية فى مجال التـوازن مع غيرها من الحقوق والحريات عنـد تقرير المعاملـة الواجبة عند تعـدد المراكز القانونيـة . كما عنيت المحكمة الدستوريـة العليا بالإشارة إلى أنـه إذا جاز للدولة أن تـدفع الضرر الأكبر بالضرر الأقل لزومـا ، إلا أن تطبيقها مبدأ المساواة لا يجوز أن يكـون كاشفا عن نـزواتها ، ولا منبئا عن اعتناقها لأوضاع جائزة[٣]، وهو ما يكشف ضمنا عن معيـار المصلحة العامة . وقضت بأن قصر قضاء تأديب رجـال القضاء على درجة واحدة ، غير مخالف للـدستور، يرجع لدواعٍ اقتضتها المصلحة العامة مما ينفى الإخـلال بالمساواة بين أعضاء السلطة القضائية وغيرهم فى مجال النفاذ إلى قضاء تتعـدد درجاته[٤]. وقضت بـأن قصر التنظيم الخاص بدعـوى الصلاحية على رجال السلطـة القضائية دون غيرهـم من المواطنين ، قـد اقتضته أغراض المصلحة العامة[٥].

وقضت بأن إفراد تنظيم قضائى لحسم النزاع حـول مدى توافر الشروط التى يتطلبها القـانون فى مجال شهـر المحررات أو تخلفهـا ، وقصره على المخـاطبين بها جاء لأغـراض تقتضيها المصلحة العامـة ممثلة فى سرعة إنهاء المنازعات الدائرة بين أطـرافها دون إخلال بما تقتضيه دراستها وفحصهـا من تهيئة الأسس الكافية للفصل فيها ، وممـا لا مخالفة فيه لمبدأ المساواة أمام القانون[٦].

---

(١) دستوريـة عليا فى ٢٩ إبـريل سنة ١٩٨٩ ، ٢١ مايـو سنة ١٩٨٩ ، ١٩ مايـو سنة ١٩٩٠ ، ٤ مـايو سنة ١٩٩١ ، مجموعـة المحكمة الـدستورية العليا جـ٤ قـواعد رقم ٢٨ و ٣١ و ٣٣ و ٤٢ ص ٢١٨ و ٢٤٠ و٢٥٦ و ٣٥١ و على التوالى .

(٢) دستورية عليا فى ١٩ يونيـة سنة ١٩٩٣ ، القضية رقم ٤ لسنة ١٤ قضائية «دستوريـة»، المجموعة السابقة جـ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ٣٠ ص ٣٥٩ .

(٣) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» .

(٤) دستوريـة عليا فى ٧ ديسمبر سنـة ١٩٩١ فى القضية رقـم ٣١ لسنة ١٠ قضـائية «دستـورية»، المجمـوعة السابقة جـ ١ ص ٥٧ .

(٥) دستورية عليـا فى أول فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٣ لسنـة ٨ قضائية «دستورية»، مجمـوعة المحكمة الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ص ١٤٢ .

(٦) دستورية عليا فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٨ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى) ص ٥٦ .

القسم الثـــانى

الرقابة على احترام الشرعية الدستورية
كضمان للحقوق والحريات

٣٩ـ تمهــــيد

إذا كانت الحقوق والحريات دعائم لسيادة القـانون، فإنه يجب ضمان هذه الدعائم فى جميع القوانين للحيلولة دون التحكم أو إساءة استعمال السلطة. ويتمثل هذا الضمان فى الدولة القانونية فى أن يعهد لهيئة ذات طابع قضائى للرقابة على مدى احترام المخاطبين بالقانون للشرعيـة الدستورية. وقد اختلفت اتجاهات هذه الـرقابة فى مختلف دول العالم مـا بين نموذج أمـريكى وآخـر أوروبى وآخـر مختلط. وسـوف نعرض فيما يلى للقضـاء الدستورى بـوجه عام من حيث تطوره، ثم نحـدد أسس الرقابة وأنـواعها، وبعد ذلك نبين نظام الرقابة على دستورية القوانين فى القانون المصرى والقانون المقارن.

الباب الأول

نماذج القضاء الدستورى بوجه عام

٤٠ـ تطور فكرة القضاء الدستورى[١]

ترتبط فكرة الرقابة على دستورية القوانين بتطور الاتجاه نحو وضع دساتير تضمن القواعد التى تخضع لها سلطات الدولة وغيرها من القواعد التى يلتزم الجميع باحترامها، وتنال قوة قانونية تسمو على سائر القواعد القانونية. فمن الطبيعى عندما تتأكد القوة الإلزامية للدستور، أن يكون له قضاء يطبقه على المنازعات التى تنشأ حول تطبيق قواعده وتنازعها مع القواعد التشريعية التى تدنوها مرتبة.

ويمكن تصور وظيفة القضاء الدستورى فى إطار إحدى فكرتين:

الأولى: بوصفه قاضى السلطات العامة، فيمارس اختصاصه فى المنازعات مع السلطتين التشريعية والقضائية، مثل اختيار أعضاء السلطة التشريعية ونشاطها أو تعيين أعضاء السلطة التنفيذية ونشاطها. ويستوى أن تكون القواعد التى يطبقها القاضى الدستورى مصدرها الدستور أو التشريع. وقد أدت هذه الفكرة دورها فى تاريخ النظم القانونية، لأنها سمحت للقضاء بوضع حد لعدم احترام سيادة القانون، وأن يصبح القضاء حكما بين أطراف فى الحياة السياسية. إلا أن هذه الفكرة قد انزوت فى طى التاريخ.

الثانية: بوصفه قاضيا يطبق الدستور، أى يطبق قاعدة دستورية على نزاع معروض

---

(١) انظر:
Michel Fromont; La justice constitutionnelle dans la monde; Dalloz, 1996, P. X - 38.

عليه . ولا يشترط فى هـذا القاضى أن يكون متخصصـا فى هذا النـوع من النزاع . ولهذا قيل بأن محكمـة النقض حين تحدد مجال اختصاص القضـاء فى مجال ممـارسة الحريـات طبقا للدستور، تمارس قضاء دستوريا .

وباستعراض تطور فكرة القضاء الدستورى على مدى التاريخ ، نجد أنه قد تعددت نماذجه وتنوعت نظمه . وقد شهدت نهايـة القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر مولد الرقـابة على دستورية القوانين فى الولايـات المتحدة الأمريكية [1]. وشهد النصف الثانى من القرن التاسع عشر مولد هذه الرقابة فى كل من أمريكا اللاتينية وبعض أجزاء من أوروبا . إلا أن الخط العـام الذى كان يحكم الـرقابـة على دستورية القـوانين تأثر فى بداية الأمر بالنموذج الأمريكى ثم ظهر نموذج أوروبى وبعده ظهر نموذج آخر جمع بين النموذجين الأمريكى والأوروبى . ورغم عدم وجود نص فى الدستور الاتحادى للولايات المتحدة الأمـريكية ولا فى دسـاتير ولاياتها بشأن الـرقابـة على دستوريـة القوانين ، إلا أن الجذور الأولى لفكرة هذه الـرقابة كانت كافيـة فى التقاليد القضائيـة الإنجليزية التى لا تسمح بأن يصـدر قـانون من البرلمان مخالف لقـواعـد القـانـون العـام الإنجليـزى (Common Law).

وجاء أول تطبيق للرقـابة على دستورية القوانين على يـد القاضى الأمريكى الاتحادى مارشال فى حكمه الشهير سنة ١٨٠٣ فى قضية ماربيرى ضد ماديسون (Marbury V. Madison) والذى استبعد للمرة الأولى تطبيق قـانون اتحادى مخالف للدستور الاتحادى الأمريكى [2]. وقد استند هذا الحكم إلى فكرة تفوق الـدستور على القانون والتى أكدها ألكسندر هاملتون فى سنة ١٧٨٨ فى كتابه (The Federalist) إذ قال بأن الدستور هو القـانون الأسـاسى الذى يجب أن ينظـر إليه القضـاة على أنه كـذلك ، ومن ثم يحق لهم استخـلاص معناه مثلما يستخلصـون معنى أى نص صـادر من المشرع ، وأنـه لو ظهـر تنـاقض غير قـابل للحل بين الاثنين ، فيتعين تفضيـل النص صـاحب القـوة والقيمـة الأعلى ، أو بالأحرى يجب تفضيل الدستـور على القانون ، أى تفضيل إرادة الشعب على إرادة ممثليه . وقال بأن هذه النتيجة لا تعنى على الإطلاق بأن السلطة القضائية أعلى من السلطـة التشريعيـة ، فـذلك ينطـوى فقط على أن سلطـة الشعب أعلى من السلطتين

---

(١) انظـر فى الموضوع ، الـدكتور أحمد كمال أبـو المجـد ، الرقـابة على دسـتوريـة القوانين فى الـولايات المتحـدة الأمريكية والإقليم المصرى ، ١٩٦٠ ص ٢٠ وما بعدها .

(٢) Marbury v. madison, 5 U.S. (1cr.) 137 (1803).

الأخريين. وحينما تتعارض إرادة المشرع كما عبرت عنها القوانين مع إرادة الشعب كما عبر عنها الدستور، فلابد من الحكم وفقا للدستور لا القانون.

وواضح مما تقدم أن النموذج الأمريكى يتمثل فى اختصاص القضاء العادى بالرقابة على دستورية القوانين، تأسيسا على أنه إذا تعارض نص دستورى مع نص قانونى وجب تطبيق نص الدستور بوصفه النص الأعلى.

وقد طبق هذا النموذج فى عدد من دول أمريكا اللاتينية (الدومينيكان سنة ١٨٤٤، والمكسيك سنة ١٨٤٧، والأرجنتين سنة ١٨٦٠، والبرازيل سنة ١٨٩١). إلا أن بعض الدول الأخرى رأت بجانب الأخذ بالنموذج الأمريكى[1]، تخويل الأفراد رفع دعوى مباشرة إلى المحكمة العليا فى حالة التعارض بين القانون والدستور الاتحادى (فنزويلا سنة ١٨٥٨، وكولومبيا سنة ١٩١٠). وهو ما عرفه الدستور الألمانى فيما بعد.

وجاءت كولومبيا فى دستور سنة ١٨٨٦ فأخذت بالرقابة الوقائية على دستورية القوانين، فرخصت لرئيس الدولة حق تقديم طلب للرقابة على دستورية القانون إلى المحكمة العليا بعد موافقة البرلمان عليه وقبل إصداره. وقد أخذت فرنسا فيما بعد بهذا النموذج فى صورة المجلس الدستورى.

وفى أوروبا أنشأت النمسا فى عام ١٨٦٧ محكمة الإمبراطورية لتختص بالفصل فى طعون الأفراد ضد القرارات الإدارية التى تمس أحد الحقوق الأساسية للمواطنين التى كفلها الدستور. فكان ذلك إيذانا ببدايات مولد قضاء دستورى. فللمرة الأولى فى أوروبا يطبق القاضى نصا دستوريا مباشرة على دعاوى مرفوعة من الأفراد. كما عنى الدستور السويسرى عام ١٨٧٤ بفتح باب الدعوى أمام كل مواطن بسبب انتهاك حق كفله الدستور الاتحادى، وترفع الدعوى أمام المحكمة الاتحادية ومقرها لوزان. ومن ناحية أخرى عنى القضاة فى المقاطعات بالتحقق من مدى مطابقة القوانين المحلية محل النزاع للدستور الاتحادى. وقد ظهر النموذج الأوربى للقضاء الدستورى بإنشاء هذه المحكمة متأثرا بكتابات Kelsen[2].

---

(١) Garlicki et Zakrzewski; La protection juridictionnelle de la constitution dans le monde contemporain, Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1985, p.22.

(٢) Hans Kelsen, théorei pure du droit, Paris, Dalloz, traduction française de la 2 éme édition allemande par ch. Eisenman, 1962.

وأخـذ القضاء اليـونانى فى ١٨٧١ و ١٨٧٩ بمبـدأ سلطة القـاضى فى التحقق من مدى مطـابقة القوانين التشريعيـة للدستور ــ وهو بـذاته النموذج الأمـريكى . وتأثرت النرويج بـذات الاتجاه منذ سنة ١٨٦٦ . وجـاء الدستور البرتغـالى سنة ١٩١١ فأعطى للمحاكم صراحة حق التحقق من مطابقة القواعد التشريعية للدستور.

وفى القرن العشرين ظهـرت أجيال جديـدة للقضاء الدستـورى، ظهر الجيل الأول منها بعـد الحرب العالمية الأولى ، وظهـر الجيل الثانى بعـد الحرب العالمية الثـانية ، على حين ظهر الجيل الثالث بعد سقوط الاتحاد السوفيتى . وإذا كان القرن التاسع عشر هو قرن البرلمان ، فإن القرن العشرين هو قرن القضاء الدستورى .

أما الجيل الأول للقضاء الدستورى ، فقد ظهر فى الدستور النمساوى سنة ١٩٢٠ إذ أنشأ ـ ولأول مرة ـ قضـاء متخصصا فى مسائل القانون الدستورى ، يختص بـالرقابة على دستـورية القـوانين بالإضـافة إلى ممـارسـة الاختصاص الـذى كان ممنـوحا للمحكمـة الإمبراطورية والذى كان يحق بمقتضاه لهذه المحكمة الفصل فى الطعون بعدم الدستورية المرفـوعة من الأفـراد ضد القـرارات الإدارية لمسـاسها بـالحقوق الأسـاسية التى كفلهـا الدستور، بالإضـافة إلى الفصل بناء على طلبات الحكومات الاتحاديـة أو المحلية بإلغاء القـوانين واللوائح غير المطـابقة للـدستور الاتحادى . وفى عـام ١٩٣١ أنشأت أسبانيـا محكمة للضمانات الدستـورية . أما رومانيا ، فقد عهد دستـورها سنة ١٩٢٣ إلى محكمة النقض بمهمة الفصل فى الرقـابة على دستورية القـوانين . إلا أن هذه الرقابـة سرعان ما ألغيت تحت تأثير الفكر الفاشى قبل عام ١٩٤٠ . وآثـرت ألمانيا (دستور سنة ١٩١٩) وتشيكوسلوفاكيا (دستور ١٩٢٠) أن تتركا للقضاة العاديين سلطة التحقق من دستورية القوانين التى يدور حول تطبيقها النزاع المعروض عليهم . . .

وكان دستور أيـرلندا سنة ١٩٣٧ أول دستور لـدولة تابعة للتـاج البريطانى يقطـع الصلـة ليس فقط بمملكـة بـريطـانيـا العظمى ، بل أيضـا بكل التقـاليـد القـانـونيـة البريطانية ، وذلك بإدراج إعلان الحقوق الأساسية فى دستور مكتوب وإخضاع القانون للـدستـور، ثم خـول للمحكمـة العليـا اختصـاصين هـامين فى مجـال الرقابـة على دستوريـة القـوانين : رقابة وقـائية على دستوريـة مشروعات القوانين التى أقـرها البرلمان والتى يتشكك رئيس الجمهوريـة فى دستوريتها ، ورقـابة لاحقـة من خلال التحقق من

دستوريـة قانـون مطبق على قضية معروضـة على القضاء . ومـازالت أيرلنـدا تطبق هذا النظام حتى الآن .

أما الجيل الثانى للقضاء الدستورى فيتعلق بما ظهر بعد الحرب العالميـة الثانية وبعد سقوط الفـاشية ، ويتصل بأوروبـا الغربية التى آثـرت الابتعاد عن أوروبـا الشرقية التى خيمت عليها الشيوعية . فقد ظلت بعض الـدول تبقى على تخويل الرقابة على دستورية القوانين للقضاء العـادى (كما هى الحال فى سويسرا والنرويج وأيرلندا) . هذا بـالإضافة إلى دول أخرى أبقت على اختصاص القـاضى العادى بالرقابة على دستـورية القوانين ، ولكنها فى ذات الوقت أنشأت قاضيا متخصصا للفصل فى التنازع القضائي بين مختلف جهات القضاء (المحكمة العليا الخاصة فى الدستور اليـونانى سنة ١٩٧٥)، أو بالرقابة على الأحكـام التى تصـدرهـا المحـاكم العــاديـة فى مسـائل الـرقـابـة على دستـوريـة القوانين(المحكمـة الدستورية فى الـدستور البرتغالى سنـة ١٩٧٦ ـ ١٩٨٢) . كما أبقت النمسا على نظامها فى الرقابة على دستورية القوانين والذى يجمع بين القضاء المتخصص والقضاء العادى فى ممارسة هذه الرقابة .

وقد أخذت بعض الدول بالرقابة الدستورية قبل إصدار القانون ، وقد ظهر ذلك فى فرنسا طبقا لدستور ١٩٥٨ الذى خـول رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء وستين نائبا فى الجمعية الـوطنية أو مجلس الشيوخ حق الطعـن أمام مجلس دستورى فى مشروع القـانون المخالف للـدستور. وهذه الـرقابـة الدستوريـة الوقائيـة عرفتهـا من قبل بعض دساتير أمريكـا اللاتينية فى القـرن التاسع عشر (مثلا دستور كـولومبيا سنـة ١٨٨٦)، ودستور أيرلندا سنـة ١٩٣١ . كما اتبع هذا النظام أيضا الدستـور البرتغالى (١٩٧٦ ـ ١٩٨٢) . وعرفه المغرب سنـة ١٩٦٣ من خلال الدائرة الدستورية بـالمحكمة العليا إلى أن أنشأت المجلس الـدستـورى سنة ١٩٩٢ ، وعـرفتـه الجزائر بإنشـاء المجلس الدستـورى سنـة ١٩٩٢ ويلاحظ أن تونـس أنشأت مجلسا دستوريا سنة ١٩٩٥ كـان يختص فقط بإبداء الرأى فى مشروعـات القوانين العاديـة والأساسية ثم أصبح له اختصـاص بالرقـابة على دستورية القوانين[١] .

---

(١) انظر:
Nadia Bernoussi, Le controle de constitutionnalité au maghreb, Thèse de doctorat, Université Mohamed V, 1998, Tome I, pp. 3, 15, 29.

ولم يقتصر الأمر على المستوى الوطني بل امتد إلى المستوى الدولى فقد أنشئت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بناء على اتفاقية روما سنة ١٩٥٠ لفحص الطعون التى يقدمها الأفراد بسبب مخالفة سلطات الدولة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) للحقوق التى كفلها الدستور، إلا أن المحكمة يقتصر اختصاصها على الحكم بالتعويض بسبب هذه المخالفة دون أن تملك الحكم بإبطال القانون[1]. ومن ناحية أخرى أنشئت محكمة العدل الخاصة بالمجتمعات الأوروبية منذ سنة ١٩٥٢ حتى سنة ١٩٥٩ لتختص بنظر مدى مطابقة القانون الوطنى للمعاهدات الأوروبية، وذلك بناء على طلب إحدى محاكم الدول الأعضاء. ولا تملك هذه المحكمة سلطة إبطال القانون ولكنها تملك فقط سلطة تفسير القانون الوطنى على نحو يقيد القاضى الوطنى.

وجاء الجيل الثالث للقضاء الدستورى بعد سقوط الاتحادالسوفيتى وانـدحار الشيوعية وانتقال منطقتى وسط وشرق أوروبا بصفة خاصة من الشيوعية إلى الديمقراطية. فقد أنشأت هذه الدول قضاء دستوريا متخصصا يتولى الرقابة على دستورية القوانين (واللوائح فى معظم الأحيان).

فقد عرفت بلغاريا لأول مرة القضاء الدستورى منذ لحقتها التغيرات السياسية سنة ١٩٨٩، فأنشأت المحكمة الدستورية العليا بمقتضى دستور سنة ١٩٩١. أما المجر، فكانت تعرف الرقابة الدستورية السابقة منذ سنة ١٩٨٤ التى يمارسها المجلس الدستورى. ومنذ لحق التغيير نظامها السياسى سنة ١٩٨٩ شعرت بأهمية وجود محكمة دستورية لا تقبل المعارضة بواسطة أى من القوى السياسية، فأصدرت القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا. أما بولندا، فقد عرفت القضاء الدستورى منذ سنة ١٩٨٥ بمقتضى التعديل الدستورى الذى حدث سنة ١٩٨٢ وظل هذا القانون مطبقا إلى أن صدر دستور جديد فى ٢ إبريل سنة ١٩٩٧ متضمنا نصوصا بشأن المحكمة الدستورية العليا أعقبه صدور قانون فى أول أغسطس سنة ١٩٩٧ بإنشاء محكمة دستورية. وفى رومانيا، أنشئت المحكمة الدستورية بناء على دستورها الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٩١ وطبقا لقانون المحكمة الدستورية الصادر

---

(١) انظر:

Jacques Robert, Rapport Général, op. cit., p.775.

فى ١٩٩٢ والمعدل فى ٢٤ يولية سنة ١٩٩٧ بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٣ والقانون رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٩٥ . وأنشأت سلوفاكيا المحكمة الدستورية العليا بمقتضى دستورها الصادر فى أول سبتمبر سنة ١٩٩٢ . ومرت التشيك بثلاثة مراحل فى إنشاء القضاء الدستورى، كان أولها هى المحكمة الدستورية للاتحاد التشيكوسلوفاكى سنة ١٩٦٨ ، ونص دستور ١٩٦٨ على إنشاء محاكم دستورية فى جمهوريات الاتحاد . إلا أن أيا من هذه المحاكم لم يكتب له الوجود. وجاءت المرحلة الثانية من تطور القضاءالدستورى بإنشاء محكمة دستورية للجمهورية الاتحادية التشيكية والسلوفاكية طبقا لدستور سنة ١٩٩١ ، ولما تحقق الانفصال بين جمهورية التشيك وجمهورية سلوفاكيا جاءت المرحلة الثالثة، فأنشئت المحكمة الدستورية التشيكية بمقتضى دستور سنة ١٩٩٢ الذى أعقبه صدور القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٩٣ بإنشاء المحكمة الدستورية التشيكية[١]. كما صدر قانون سنة ١٩٩٣ بإنشاء محكمة دستورية فى يوغوسلافيا السابقة.



ولم يقتصر تطور القضاء الدستورى على أوروبا بل امتد إلى خارجها، فى كل من دول أمريكا اللاتينية ، ودول القانون العام «الأنجلوسكسونى» "Common Law"، وكذلك الدول الإفريقية (وخاصة إفريقيا الفرانكوفونية التى أخذت بالنموذج الفرنسى)، وفى آسيا (مثل اليابان وكوريا الجنوبية).

وإذا نظرنا إلى دول أمريكا اللاتينية نجد أن الديمقراطية فى هذه الدول قد حققت تطورا ملموسا على امتداد القرن العشرين وخاصة منذ حوالى عشرين عاما، فلم تعد هناك اليوم دولة فى أمريكا اللاتينية بغير قضاء دستورى. وقد تأثرت هذه الدول بوجه عام بالنموذج الأمريكى، حيث أخذت بالرقابة الدستورية بواسطة المحاكم العادية، عدا بعض الاستثناءات فى دول معينة حيث أنشئت محاكم خاصة بالرقابة على دستورية القوانين كما هى الحال فى بنما، وكوستاريكا، والإكوادور، وبيرو. ويلاحظ أن عددا من دول أمريكا اللاتينية التى أخذت بالنموذج الأمريكى فى الرقابة على دستورية القوانين

---

(١) انظر فى الموضوع:

La justice constitutionnelle en Europe centrale (centre d'Etudes constitutionnelles et administratives, Sous la direction de Marc Verdussen) Bruylant, 1997.

قد أجـازت للأفـراد حق رفع دعـوى مباشرة أمام المحكمـة للحصول على حكـم بعدم دستـوريـة القانـون، وذلك خـلافـا للنمـوذج الأمريكى الـذى يقصر التمسك بعـدم دستورية القـانون أمام المحكمة فى حالة نظـر الدعوى أمامها بمنـاسبة تطبيق المحكمة للقـانـون (الأرجنتين ١٨٥٣، البرازيل ١٩٧٠، شيـلى ١٩٢٣ ـ ١٩٨٠، المكسيك ١٨١٧ ـ ١٨٥٧، جواتيمالا ١٩٦٥، هندوراس ١٩٨٢، نيكاراجوا ١٩٧٩).

وقد بـدأ التأثير الأوروبى لنظام القضاء الـدستورى فى تلك الدول بإدخـال أسلوب الدعوى المباشرة الـدستورية، ثم امتد التأثير بعد ذلك عنـد إسناد هذا الاختصاص إلى محكمة واحدة سواء كان ذلك بإسناده إلى محكمة متخصصة (كما هى الحال فى النموذج النمساوى) أو إلى المحكمة العليا (وفقا للنموذج السويسرى).

وقـد ظهـر ذلك فى إنشاء عـدد من المحـاكم الـدستـوريـة المتخصصة فى أمـريكـا الـلاتينيـة (شيلى ١٩٨٠، بيرو ١٩٧٩، الإكـوادور ١٩٧٨، وجـواتيمالا ١٩٦٥، وكوستـاريكا التى أنشأت دائرة متخصصة للمسـائل الدستوريـة بالمحكمة العليـا سنة ١٩٧٩). ويلاحظ أن تركيـز بعض الدول لاختصاص القضاء الـدستورى فى المحكمة العليا قـد تجلى فى (فنزويلا سنتـى ١٨٥٨ و ١٩٦١، وكولومبيـا سنة ١٩١٠). على أن هذا التركيـز للاختصـاص الدستـورى ـ سـواء فى محكمـــة دستوريـة متخصصة أو فى المحكمة العليـا ـ كـان جزئيا، لأن الـرقابـة الفرعية على دستـورية القـوانين ظلت أمام المحاكم العادية (وهو النموذج الأمريكى).

ويلاحظ أن أخذ بعض دول أمريكا اللاتينية بأسلوب الطعن المباشر بعدم دستورية القانون المقـدم من الأفراد تميز أيضا عن النمـوذج الأمريكى فى أنـه يستند إلى مسـاس القـانـون بحق يكفلـه الدستـور للفـرد، بينما يتسع النمـوذج الأمـريكى للطعن بسبب المساس بالحق سواء كان مصدره الدستور أو القانون.

وإذا نظرنـا إلى دول القانـون العام Common Law نجد أن هـذه الدول فى القـرن العشرين وقعت تحت تأثير نظـام دولتين رئيسيتين تطبقـان نظـام القـانـون العـام وهما بريطـانيا والولايـات المتحدة الأمريكيـة. فالقانـون الإنجليزى يدعم سلطـة البرلمان مما ينحى جانبا من حيث المبدأ أية رقابة على دستـورية القوانين. وفى الواقع كانت التجربة الوحيـدة للرقابة على دستـورية القوانين فى القانـون البريطانى هى الرقابـة التى يمارسها

مجلس شـورى الملك Privy Council على قـرارات محاكم بعض الـدول الأعضـاء فى الكومنـولث والتى تقتصر بشكل عام على بحث مدى احترام النصوص الأسـاسية التى أقرها برلمان وستمنستر Westminister والتى تستخدم كدساتير للدول الأعضاء. ومع ذلك فإن هـذا الإجـراء أصبح فى ذمـة التـاريخ، بعــد أن وضعت الـدول الكبرى فى الكومنولث دساتير وطنية لها وتبعتها غيرها من الدول.

وكانت الهنـد أول دولة من دول الكومنولث (بعـد أيرلندا) تأخذ بـدستور مكتوب، عنى بتخـويل المحـاكم العليا (سـواء المحكمـة العليـا الاتحادية أو المحـاكم العليـا فى الولايات) سلطة إصدار الأوامر التى تكفل احترام الحقوق الأساسية المنصوص عليها فى الـدستـور، بل خـول المحكمـة الاتحادية العليـا سلطـة الفصل فى استئنـاف الأحكـام الصادرة ضـد المحاكم العليا فى الولايـات فى المسائل التى تتعلق بتفسير الدسـتـور. وقد سنحت الفرصة للمحكمـة العليا الاتحادية أن تصدر أحكاما اتسمت بـالجرأة المتناهية فى هذا المجـال فى فترة السبعينيات، مما أدى فى الثمانينيات إلى تقليص اختصـاصها فى الرقـابة على دستوريـة القوانين باستبعـاد عدد من القـوانين المكملة للدستـور والقوانين العاديـة من الرقابـة على دستوريتها. ومن نـاحية أخرى، فقـد جاءت كندا بعـد الهند فأخذت بنظـام الدستور المكتوب سنـة ١٩٨٢، وأصدرت ميثاقا للحقـوق الكندية فى العام نفسه. وطبقـا للدستور الكندى تكون لجميع المحـاكم سلطة الامتناع عن تطبيق أى قـانـون غير دستـورى، أو تفسير القـانـون بما يتفق مع الـدسـتـور. ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن الـدستور قـد سمح للبرلمان الاتحادى أو لأحد مجالس الـولايات أن يخرج القانون من الرقابة على دستوريته لمدة خمسة أعوام قابلة للتجديد (المواد ٢، و ٧ ـ ١٥ و ٣٣ من ميثـاق الحقوق الكنـدى). وقد لجأ البرلمان فى ولايـة الكيبك إلى استخدام هـذا الحق فى الفترة من ١٩٨٢ إلى ١٩٨٥ وذلك ردا على وضـع دستــور وطنى كنــدى بغير موافقـة هذا البرلمان. وقـد استخدم هـذا الحق مرتين فى عـام ١٩٨٨ للحيلولـة دون أن تتمكن المحكمة العليا من إصـدار قرار يتعلق بقانون حول استخدام اللغـة الفرنسية. هذا الحدث بطبيعـة الحال يتصل بوضع الكيبك داخل الاتحاد الكنـدى ويكشف أيضا ما يمكن أن يتعرض له القضاء الدستورى فى حالة الأزمات.

وفى أستراليـا تولـت المحكمة العليـا سلطـة الـرقابـة على دسـتـوريـة القوانين طبقـا لدستورها الصادر سنة ١٩٨٦ والذى كان فى أصله قـانونا بريطانيا صدر سنة ١٩٠٨.

وتختص هـذه المحكمـة العليا بـاستبعـاد تطبيق القـوانين الماسـة بالحقـوق التى كفلهـا الدستور.

وفى جنوب إفريقيا تقررت الرقابة على دستـورية القوانين منذ وضع الدستور الانتقالى عام ١٩٩٣ حيث أنشئت محكمة دستورية تراقب دستـورية القوانين، وتأكد إنشاء هذه المحكمة فى دستور ١٩٩٦ (المادة ١٦٧).

ومن الجلى أن تأثير النظـام الأمريكـى كان واضحـا فى القضـاء الدسـتورى فى تلك الدول وغيرها بدرجات متفاوتة.

٤١ـ تحليل لتطور الرقابة على دستورية القوانين

هناك علامات بارزة فى تطور الرقابة على الدستورية تعكس مدى انتعاشها مع تفوق الديمقراطية وسيادة القانون. وتبدو أولها، فى ظهور المحكمة الدستورية النمساوية بعد الحرب العالميـة الأولى. وتبدو ثانيهـا، فى ظهور المحكمة الـدستوريـة فى كل من ألمانيا وإيطاليا بعد سقوط النازية والفاشية بعد الحرب العالمية الثانية. وتبدو ثالثها، فى إنشاء المجلس الدستورى فى فرنسا سنة ١٩٥٨ فى دسـتـور الجمهورية الخامسة كرد فعل لعدم الاستقرار الذى شـاب كل من الجمهورية الثالثـة والرابعة وما صـاحب ذلك من الأخذ بالرقـابة الدستورية فى الدول التى تحررت من النفـوذ الفرنسى، كما فى المغرب والجزائر. وتبدو رابعها، فى تقـوية المحاكم الـدستورية فى دول الكتلة الشرقيـة بعد سقوط الاتحاد السوفيتى واتحاد ألمانيا الشرقية مع ألمانيا الغربية.

وباستقراء تطور القضاء الدستورى على النحو المتقـدم نجد أنه قد أخذ بثلاثة نماذج من حيث المحكمة المختصة:

* نموذج أمـريكى: يعطى الاختصاص بـالرقابـة على دستورية القـوانين لمحاكم القانـون العام، على أساس أن القواعـد الدستورية تسمـو على جميع القواعد القانـونية ويجب تطبيقها مباشرة على أى نزاع مطروح أمام المحكمة والامتناع عن تطبيق ما يخالفها من قواعـد أدنى. وتتم هذه الرقـابة من خلال الـدفع بعدم الدستـورية أثناء نظـر نزاع مطروح أمـام المحكمة "Judicial review". وهى رقابـة شائعة "Diffuse" لأطراف

النزاع أمام المحاكم العادية، دون أن تستهدف إبطال القانون الذى يحكم النزاع ولا حذفه من النظام القانونى، وإنما تكون الرقابة لمجرد استبعاد تطبيقه فى حالة محددة.

ويتسم هذا النموذج بالرقابة اللامركزية على دستورية القوانين، إذ تتعرض المحاكم على اختلاف درجاتها لبحث دستورية القوانين، على أن تظل المحكمة العليا هى المرجع الأخير فى تقرير الدستورية أو عدمها.

ومن المعروف أن المحكمة العليا الأمريكية تعطى معظم نشاطها للقضايا التى تثير مسائل دستوريته (وفقا لمعيار الانتقاء الذى تأخذ به فى تحديد جدول أعمالها)، ونادرا ما تبحث غير ذلك من القضايا. وتصبح هذه المحكمة فى نظرها للقضايا التى تثير مسائل دستورية بمثابة محكمة دستورية[1].

* نموذج أوروبى: بدأ فى النمسا، ويعطى الاختصاص لقضاء متخصص تنحصر وظيفته بحسب الأصل فى الرقابة الدستورية. وقد تميزت الرقابة على دستورية القوانين فى هذا النموذج بالمركزية، كما هو واضح فى النمسا، وألمانيا، وإيطاليا، وأسبانيا.

وتتم هذه الرقابة من خلال الدعوى الدستورية.

ويعيب النموذج الأول، أنه لابد من اجتياز السلم القضائى للمحاكم حتى يمكن الوصول إلى المحكمة العليا لتقول كلمتها النهائية، كما أن حكم هذه المحكمة له حجية نسبية قاصرة على أطراف الدعوى، فليست له حجية مطلقة، إلا أن احترام السوابق القضائية فى الولايات المتحدة يخفف من حدة الحجية النسبية للأحكام، ما لم ترجع المحكمة العليا عن مبادئها فى مناسبات أخرى.

أما النموذج الثانى، فإنه يعطى الاختصاص لقضاء أكثر تخصصا فى تطبيق الدستور، وتكون لأحكامه حجية مطلقة لا حجية نسبية تقتصر على أطراف الدعوى. على أنه فى داخل النموذج الأوروبى ظهر نوعان من الرقابة: رقابة سابقة تتناول مشروعات القوانين كما فى فرنسا وبعض دول أمريكا اللاتينية، وأيرلندا وبعض دول إفريقيا التى كانت تخضع للنفوذ الفرنسى كالمغرب وتونس والجزائر. وتنحصر الرقابة الدستورية فى مشروعات القوانين لا على القوانين بعد صدورها. فهى رقابة وقائية

---

(١) R. Llorente; Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe; Annuaire international de justice constitutionnelle, Economica, 1996, p.16.

للحيلولة دون الوقوع فى حمأة عدم الدستوريـة بعد إصدار القوانين وتطبيقها . وقد لوحظ أن المجلس الدستورى الفرنسى لم يتردد فى كثير من الأحوال بتقـرير عدم دستورية عدد من مشروعات القوانين لمساسها بالحقوق والحريات .

ورغم اختصاص المجلس الدستورى بالرقابة السابقة ، فقد ذهب الفقه الفرنسى إلى اعتباره قاضيا دستوريا ، وأنه يتميـز عن القاضى العادى بانتمائه إلى نظام أساسى متميز عن النظـام الأساسى للقضـاة العاديين ، فهـو يستنـد إلى الدستـور، ويراقب السلطـة التشريعية ، ولا يمكن تجنب الصدى السياسى لقراراته [1].

وبالإضـافة إلى الرقابـة السابقة ، توجـد الرقابة الـلاحقة ، والتى تتناول القانــون بعد صدوره . وقد أصبحت هى الأصل فى المحاكم الدستورية .

* **نموذج مختلط أخذ بالنموذجين الأمريكي والأوروبى معًا :** وهو ما ينطبق فى بعض دول فى أمريكا اللاتينية وبعض الدول الأوروبية (ومثاله البرتغال)، حيث جمعت بعض المحاكم فى حـدود معينة بين الـرقابـة اللاحقة على إصـدار القوانين وتطبيقهـا والرقـابة السابقة .

٤٢ـ تطور الرقابة على دستورية القوانين فى مصر

يبين من استقراء اتجاهات القضاء المصرى قبل إنشاءالمحكمة العليا سنة ١٩٦٩ أنه على الـرغم من عدم وجـود نص فى دستور ١٩٢٣ وكـذا دستور ١٩٣٠ يخول المحـاكم سلطة الرقابة الدستورية على القوانين ، فإن المحاكم قد أقرت ـ بعد تردد فى بادئ الأمر ـ سلطة القضاء فى التصدى لبحث مدى دستوية القـوانين إذا دفع أمامها بعدم دستورية قانـون أو أى نص لائحى يطلب أحـد الخصوم تطبيقـه فى الدعـوى المطروحـة عليها ، واستندت فى تقرير اختصـاصها بالرقابة على دستـورية القوانين إلى أنه يعتبر من صميم وظيفتها القضـائية القـائمة على تطبيق القـانون فيما يعـرض عليها من منـازعات ، فإذا تعارض القانـون المطلوب تطبيقه فى الدعوى مع الدستـور وجب عليها أن تطبق حكمه وتغفل حكم القـانـون ، وذلك إعمالا لمبدأ سيـادة الـدستـور، وسموه على التشريعـات الأخـرى ، وقصرت ولايتها فى هـذا الصـدد على الامتنـاع عن تطبيق القانـون المخـالف

---

(١) C. Debbasch (Cours constitutionnelles Europénnes et droits fondamentaux), Economica, 1987, p.29.

للدستور [١]. وأكـد الفقـه بعد تـردد هـذا المبـدأ على أساس أن القضـاء حين يـراقب دستوريـة القوانين يقوم بعمل قضـائى هو التعـرض للقانون الـواجب التطبيق فى النزاع المطروح أمامه. على أن قضـاء المحاكم فى موضوع دستورية القـانون لم يكن ملزما لها ولا لغيرها من المحـاكم فى الأقضية الأخـرى، فكان لها أن تنقض فى الغـد ما تبرمـه اليوم، وكأن القانون يعتبر فى آن واحد دستوريـا تطبقه بعض المحاكم وغير دستورى تمتنع عن تطبيقه محاكم أخرى. ونظرا لما يترتب على اختلاف وجهات النظر بين المحـاكم فى هذا الموضوع الخطير من اضطراب وعـدم استقرار فى المعاملات والحقوق والمراكز القـانونية، فقد أنشأ المشرع المحكمة العليا بالقرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ (استنادا إلى القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ بتفـويض من رئيس الجمهوريـة إصدار قـرارات لها قوة القـانون) وخـولها دون سواهـا الفصل فى دستوريـة القوانين (المادة ٤/ ١ من القـانون المذكـور)، وذلك كما عبرت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون، حتى (لا يترك البت فى مسألة على هذا القدر من الخطورة للمحاكم على مختلف مستويـاتها حسبما جرى عليه العرف القضائى وحتى لا تتباين وجوه الرأى فيه)[٢]. إلا أن هذه المحكمـة لم يكن لها أسـاس دستورى يسمح لها بأن تصدر أحكـاما لها حجية مطلقـة بعدم الدستـورية؛ لأن الأثر القـانونى لهذه الحجية وهـو عدم نفـاذ النص المخالف للـدستور يعطل حكم الـدستور فيما نص عليه من نفـاذ التشريعات بعـد نشرها وفقـا للمادة ١٨٨ منه. ولا يجوز تكملـة أو تقييد

---

(١) استهل هـذا الاتجاه حكم محكمـة القضـاء الإدارى فى ١٠ فبرايـر سنـة ١٩٤٨ فى القضيـة رقم ٦٥ لسنـة قضائية، مجموعـة أحكام محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة السنة الثانيـة ص ٣١٥. وقد صدر هذا الحكم من الدائرة الثانية بمحكمة القضاء الإدارى برياسة الدكتور محمد كامل مرسى رئيس المجلس.

وكان أول حكم قرر صراحة حق القضـاء فى الرقابة على دستورية القوانين هو الحكم الـذى أصدرته محكمة مصر الابتـدائية الأهليـة فى أول مايـو سنة ١٩٤١، والـذى انتهى إلى أن للمحاكم مطلق الحريـة فى بحث دستورية القانون المطلوب منها تطبيقه، بحيث إذا اقتنعت بمخالفته لأحكام الدستور شكلا أو موضوعا، كان لها أن تمتنع عن تطبيقه على النزاع المطروح أمامهـا. غير أن هذا الحكم ألغى استئنافيا وقضت محكمة الاستئناف بتـاريخ ٣٠ مـايو ١٩٤٣ بإنكـار حق المحاكم فى الـرقابـة على دستوريـة القوانين. أمـا محكمة النقض فلم تقطع برأى فى هذا الموضوع.

(انظر دراسة مقـارنة تحليلية حول قانون المحكمـة الدستورية العليا للمستشار أحمد ممـدوح عطية تضمنتها محاضرة ألقاهـا سيادته يـوم ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٧٩ فى الجمعية المصريـة للاقتصاد السيـاسى والإحصاء، منشورة بالعدد ٣٧ من مجلة مصر المعاصرة).

(٢) انظر فى الدعوة إلى إنشاء قضاء دستورى فى مصر، رسالة دكتوراه نوقشت فى فرنسا.

Shoukri Nagib, La cinstitution Egyptienne et le contrôle de la constitutionnalité des lois, thése, faculté de droit, université de Paris, société nouvelle des juris classeur, 1929, p. 178.

حكم فى الدستور إلا بحكم فى ذات الدستور. كما أن الاختصاص بالتفسير الملزم للتشريع كان يعوزه أيضا وجود نص فى الدستور يسمح بذلك. وجاء الدستور المصرى لسنة ١٩٧١ فنص ــ كأول دستور مصرى ــ فى المادة ١٧٥ على أن تختص المحكمة الدستورية العليا وحدها بالرقابة الدستورية على ما يصدر من قوانين أو لوائح، ونص فى المادة ١٩٢ على أن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة فى القانون الصادر بإنشائها وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا[1]. وظل الحال كذلك إلى أن صدر قانون المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ فشكلت المحكمة تطبيقا له. وبحكم المادة ١٩٢ من الدستور أصبحت للمحكمة العليا قيمة دستورية من يوم العمل بدستور ١٩٧١.

---

(١) خلا كل من دستور ١٩٥٦ و١٩٦٤ من أى نص على إنشاء محكمة دستورية عليا. وكان التقرير الذى أعدته لجنة الميثاق الذى وافق عليه مؤتمر القوى الشعبية فى ٣٠ يونية سنة ١٩٦٢ قد نص على أنه قد أصبح ملائما الآن تأكيدا للحرية ودعما لها أن يتقرر إنشاء محكمة دستورية عليا، ثم جاء بيان ٣٠ مارس سنة ١٩٦٨ فأورد فى سياق تصوره للخطوط الأساسية للدستور، أن ينص فيه على إنشاء محكمة دستورية عليا. (انظر المستشار أحمد ممدوح عطية، المرجع السابق).

الباب الثـــانى

الأسس الفلسفية للرقابة على دستورية القوانين

على اختلاف نماذج القضاء الدستورى فى العالم، تعتمد الرقابة على دستورية القوانين على عدة أسس فلسفية نبرزها فيما يلى مع مناقشة الاعتراضات التى وجهت إليها.

٤٣ ـ (أولا) : حماية النظام الديمقراطى وسيادة الدستور

ظهرت الحاجة إلى الرقابة القضائية على دستورية القوانين بعد اندحار النظم الديكتاتورية. ففى هذه النظم يعتبر القانون عملا (مقدسا) تتوافر فيه قيمة المشروعية التى لا يجوز المساس بها، إلا أن الدروس المستفادة من تعسف هذه النظم مثل النازية والفاشية أدت إلى البحث عن وسيلة لحماية القانون لا من بطش السلطة التنفيذية فحسب وإنما من تحكم السلطة التشريعية.

ويتطلب ذلك أن تنسحب الصفة (المقدسة) للقانون إلى الدستور نفسه، بحيث يصبح هذا الأخير القانون الأساسى لكل القوانين. وقد بدأ تطور هذه الفكرة فى ألمانيا وإيطاليا منذ الخمسينيات بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية ثم انتقلت إلى فرنسا وأسبانيا.

وفى إطار المنطق سالف الذكر أصبحت الرقابة القضائية على دستورية القوانين إحدى وظائف النظام السياسى حين تتوافر الأغلبية البرلمانية المستقرة المستمرة التى

تستطيع الموافقة على القوانين، مما يتطلب موازنتها بقضاء دستورى يراقب دستورية هذه القوانين(١).

ومن ناحية أخرى، فإن الديمقراطية لا تقوم بغير سيادة القانون. ومن ثم فإن الديمقراطية لا تكون حقيقة واقعة إلا فى البلاد التى تشهد رقابة على دستورية القوانين. فشرعية الرقابة هى علامة على نضج الديمقراطية، وذلك باعتبار أن سيادة القانون لا تتأكد إلا بالاعتراف المتواصل بسيادة الدستور(٢). وقد ذهب إيسمان إلى أنه ما لم تتأكد سيادة الدستور بالرقابة على دستورية القوانين، فإن الدستور يكون برنامجا سياسيا له قوة إلزامية أدبية، ويصبح مجموعة من النصائح المفيدة للمشرع مع تركه حرا يفعل مايشاء، لأن أفعاله المخالفة للدستور سوف تظل صحيحة فى جميع الأحوال. وعلى هذا النحو، فإن الرقابة على دستورية القوانين تؤكد إلزامية قواعد الدستور، وبها يتأكد أن الدستور هو القاعدة القانونية الأسمى، وأنه هو الأصل فى كل صحة قانونية(٣). وعلى هذا الأساس، فإن دستورية القوانين أو عدم دستوريتها لا تتحدد إلا بالنظر إلى الدستور، وهو ما يحتاج إلى رقابة دستورية على القوانين للتحقق من مدى مطابقة نصوصها للدستور(٤). ومن هنا، لا يمكن وجود دستور فى دولة ديمقراطية بغير قضاء دستورى يكفل حكم دولة سيادة القانون(٥).

ومع ذلك انتقد البعض فى فرنسا رقابة المجلس الدستورى على دستورية مشروعات القوانين اعتمادا على سيادة البرلمان قائلا بأن نشاط المجلس الدستورى هو طريق الجمهورية البرلمانية للتحول إلى دولة القانون الجمهورية، وتساءل أيهما يعتد به الشعب؛ نوابه فى البرلمان أم تسعة أعضاء فى المجلس الدستورى، وقال البعض بأن هذا

---

(١) وفى الدول التى لا تتوافر فيها الأغلبية البرلمانية المستقرة - مثل إيطاليا - يكون تدخل المحكمة الدستورية لازما لتعويض القدرة الحاسمة للسلطة التشريعية. وقيل بأن هذه المحكمة تبدو - فى هذه الحالة - مشرعا مشاركا (co- Législateur) أو كالمشرع نفسه.
انظر: (Favoreu, Europe Occidentale).

(٢) انظر:
G.Drago; L'execution des decisions du conseil constitutionnel, Economica, 1991, p.12.

(٣) C. Eisenmann; la Haute cour constitutionnelle d'Autriche, Economica, 1986, No.9, p.22.

(٤) انظر: C.Eisenmann, op. cit., p.372.

(٥) C.Eisenmann, op. cit., p.374.

التحدى سوف يؤدى إلى تدمير البرلمان ، وأن إرادة نواب الشعب المنتخبين لا يمكن أن تتقيد بواسطة جهاز غير منتخب . وقيل بأنه إذا كان الجنرال ديجول قد قال بأن الشعب هو المحكمة العليا فكيف يفقد البرلمان أولويته ، وأن المجلس الدستورى سوف يتحول بالتدريج إلى محكمة عليا لمعظم الأعمال التشريعية للبرلمان (١) . وقيل فى هذا الشأن بأن الرقابة على دستورية القوانين سوف تغلب إرادة القاضى على الإرادة العامة للشعب ، وتغتصب كلمته ، وهو ما يعتبر فشلا للديمقراطية . وقد ساد هذا الفكر تحت تأثير نظرية الدولة الشرعية "L'Etat légal" . التى انبعثت من فكر الثورة الفرنسية وسادت نظام الجمهورية الفرنسية الثالثة ، وكانت تهدف إلى تفوق السلطة التشريعية "Suprématie du corp législatif" . إلا أن «نظرية الدولة الشرعية» كانت بمثابة الطبعة الأولى «لنظرية الدولة القانونية» ، والتى أضافت إلى سابقتها أن السلطة التشريعية أيضا يجب أن تلتزم بأحكام الدستور؛ مما يوجب عليها أن تضمن ما تقره من تشريعات حماية الحقوق والحريات التى يكفلها هذا الدستور (٢) . ذلك أن تمثيل البرلمان للشعب وإن كان يعبر عن إرادته العامة ، إلا أن هذا التعبير يكون فقط وفقا للشروط المنصوص عليها فى الدستور. وخارج هذه الحدود ، فإن الإرادة العامة لا يمكن أن تتفوق إلا من خلال إجراءات تعديل الدستور التى تضمنتها وثيقة الدستور (٣) . وتحت تأثير ذلك فإن المجلس الدستورى الفرنسى أنشئ فى دستور ١٩٥٨ لحراسة السلطة التنفيذية ، فجاء هذا المجلس منذ قراره الشهير الصادر فى ١٦ يولية سنة ١٩٧١ بشأن حرية العقيدة فتوسع فى تحديد الدستور لكى يشمل إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان والمواطنة ومقدمة دستور ١٩٤٦ وتوسع المجلس فى اختصاصه لكى يحمى الحقوق والحريات (٤) . ولهذا قيل بأن البرلمان ونوابه رغم انتخابهم من الشعب ليسوا أصحاب السيادة ، لأنهم يستمدون سلطاتهم من الدستور لا من الشعب . ومهمة القاضى الدستورى هى أن يضع كل شىء فى نصابه ؛ الشعب فى مكان السيادة ،

---

(١) انظر :

Michel Ameller; L'Assemblée Nationale, éd. p.u.f. 1994, p. 8 et 9.

(٢) Marie - Joëlle Redor, De l'Etat légal à l'Etat de droit, Economica, 1992. pp. 10 - 24.

(٣) G. Vedel, Avant - Propos (C.Eisenmann, op. IX).

(٤) انظر ما تقدم بند ٦ . وقد قيل فى هذا الصدد بأنه بعد أريد للمجلس الدستورى أن يكون حارسا للسلطة التنفيذية فك الرباط الذى يقيده وأصبح حارسا للحقوق والحريات .

والمنتخبون من الشعب في مكـانهم كنواب[1]. وأضـاف البعض إلى ذلك إلى أن سيـادة البرلمان البعيدة عن الـرقابة الـدستوريـة فكرة بالغـة الخطورة؛ إذ لا يمكن أن ننسى أن النظام النـازى أنشئ وفقا لإجـراءات مطابقة للـدستور، وأن البرلمان الألمانى هـو الذى أوقف الحريات، وأنه على الرغم من أن التقاليد الفرنسية تأبى أن تحذو هذا المنحى، إلا أن الحريـة قـد تتعـرض للخطـر ببعض التشريعـات وهــو مـا ثبت من قـرار المجلس الـدستورى الفـرنسى الصـادر فى ١٦ يـولية سنـة ١٩٧١ بنـاء على طلب رئيس مجلس الشيوخ بعدم دستورية مشروع قانون يخالف حرية الاجتماع[2]. ومع ذلك، فإن الرقابة على الدستوريـة لا تهدف إلى التقليل من سيادة البرلمان، وإنما تهدف إلى التحقق من أنه كان يعمل فى النطاق الذى سمح به الـدستور، وأن كلمة الشعب صاحب السيادة عبر عنها نوابه أصدق تعبير ـ وذلك فى ظل فكر الدولة القانونية لا فكر الدولة الشرعية.

وقـد أوضحت النـدوة التى عقدت فى مـدينـة مـونبلييه فى إبـريل سنـة ١٩٩٢ عن الديمقراطية المستمرة أن الديمقراطية النيـابية تمر بأزمة ضعف الثقة بين الحكومة ونوابهم فى البرلمان[3] فيما يتعلق بمضمون التشريع؛ ممـا يتطلب تحويلها إلى ديمقراطيـة مستمرة فـلا تقف عند حـد وقت انتخـاب نواب الشعـب، بل تستمـر رقـابة الشعب بين هـذا الوقت والوقت الذى يليه من خلال مـؤثرين؛ الأول ليست له طبيعة قضائية، ويتمثل فى أجهزة الإعـلام وفى الالتجاء إلى الاستفتـاء الشعبى وآراء المجتمع المدنى؛ والثانـى له طبيعة قضائية ويتمثل فى القضاء الـدستورى من خلال منع إصدار تشريعات لا تتفق مع الإرادة العامة للشعب التى عبر عنها الدستور[4].

والرقابة على دستورية القوانين على هـذا النحو ليست من أجل إضفاء حماية قضائية

---

(١) Dominique Rousseau; Yat - il trop de contrôle de constitutionnelité des lois en France? (Le constitutionnallisation des branches du droit, collection droit public positif, Economica, 1998,p.21,22).

(٢) Décision No. 71 - 44 Dc du 16 Juillet 1971, Recueil jur. constit. (1959 - 1993), p.24. François luchaize, procédures.et techniques de protection des droits fondamentaux (cours constitutionnelles européenns et droits fondamentaux, Economica, 1987, p. 56 - 57).

(٣) La démocrtie continue, ouvrage collectif sous la direction de D. Roussau, Ed. LGDJ Bruylant, collection La Pensée Juridique moderne,1992.

(٤) Alexandre Viala, Lesrésesves d'interpretation dens la jurisprudence du conseil constitutionnel, LGDT, Paris,1999, P.176.

على مبادئ غير قـانونية ، وليست من أجـل تمكين القضاء وحده من الإمسـاك بحقائق القانون ، وإنما هى فقط من أجل التمكين للدولة القانـونية القائمة على سيادة القانون ، والحيلولة دون تسليط مفاهيم لم يوافق عليها المشرع الدستورى . إنها من أجل الدفاع عن النـاتـج السيـاسى لما اتفقت عليـه إرادة القـوى السيـاسيـة للشعب الـذى أصـدر الدستور[1]، إنها من أجل إعطاء الكلمـة النهائيـة للشعب الذى وضع الـدستور. إنها ليست عائقا أمام الديمقراطية ، بل هى إحدى حماتها .

ومن ناحية أخرى ، فإن القاضى الدستورى لا يغتصب كلمة الشعب التى عبر عنها فى الدستور، بل هو الذى يعطى لهذه الكلمة مضمـونها القاعدى الكامل . ومن خلال الرقابة الدستورية تتأكد فعالية الكلمة الدستورية للشعب . وبدونها فإن هذه الكلمة ، الدستـورية تضحى بغير مضمون قـاعدى وبغير فعاليـة ، وتتحل لكى تصبح كما قال Olivier Cayla مجرد ضجيج[2] ! ! .

وقد رد إيسمان على نظرية سيادة البرلمان والتشريع التى تستبعـد الرقابة على دستورية القوانين ، بأنها تنكـر وجود قانـون دستورى فوق القـوانين العادية التى يقـرها البرلمان ، وتنكر وجود حدود دستورية لاختصاص المشرع العادى. وأضاف بأن النظرية التى تنكر ذلك لا يمكن أن تنكر وجـود نوعين من الإجـراءات التشريعية ؛ نـوع يطبق عند وضع النصوص التى تعتبر جزءا من الدستور، ونوع آخر يطبق عند وضع النصوص التى تعتبر جزءا من التشريع . ومن هـذا التمييز بين النوعين تتضح حـدود سيادة البرلمان[3] . من هنا ، فإن القضاء الدستورى يكشف بوضوح مجال اختصاص السلطة التشريعية .

٤٤ ـ (ثانيا) : ضمان احترام الحقوق والحريات

تهدف الـرقـابـة على دستوريـة القـوانين إلى حمل المشرع على احترام وحمايـة الحقـوق والحريات التـى كفلها الدستـور. وقد لـوحظ أنه فى معظـم الدول التى أخـذت بنظام

(١) Nadia Bernoussi, Thèse de doctorat, op. cit., T.I., p, 25.

(٢) انظر: Dominique Rousseau, op. cit., p.22.

(٣) انظر: Favoreu; La modernité des vues de charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle (Eisinimann, La justice constitutionnelle et la haut Cour constitutionnelle d'autriche, op. cit., p.373).

القضاء الـدستورى تكفل فيها كل من المشرع الدستـورى والقضاء الدستورى بتحـديد هذه الحقـوق وحمايتها. فمثـلا لوحظ فى فـرنسا أن ديباجـة دستور ١٩٤٦ قـد أكدت حقوق وحـريات الإنسـان والمواطن التى أوردها إعلان الحقـوق سنة ١٧٨٩. وقـد ثار الغموض حول طبيعة هذه الديباجة. وجاء دستور ١٩٥٨ فأورد فى مقدمته أن الشعب الفرنسى يـؤكد بصفـة رسمية ارتبـاطه بحقـوق الإنسان ومبـادئ السيادة الوطنيـة التى حـددها إعـلان ١٧٨٩ الذى تأكـد وأكمل بـواسطة ديبـاجة دستـور ١٩٤٦. ووسط الغموض والتردد الـذى ثار حول القيمـة الدستورية لـديباجة دستـور ١٩٤٦ وإعلان الحقوق الصادر سنـة ١٧٨٩، جاء المجلس الدستورى الفرنسى فأكد إعطـاءها القيمة الدستورية(١). وجاءت المحكمة الدستوريـة العليا فى مصر فأكدت - كما بينا من قبل - أن خضوع الدولـة للقانون يعنى عدم إخلال تشريعـاتها بالحقوق التى يعتبر التسليم بها فى الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان(٢). وقد رأينـا فيما سبق دور القضاء الـدستورى فى استخـلاص بعض الحقوق والحريات الأساسية ضمنًا من نصوص الدستور.

وفى إيطاليا، قامت المحكمة الدستوريـة العليا بدور هام فى حماية الحقوق والحريات رغم قانون العقوبـات الصادر سنة ١٩٣٠ والذى صدر فى عهد الدكتاتـورية الفاشية، فقد أكدت هذه المحكمة منذ أصدرت أول أحكامها، على ضمان حقوق الدفاع وضمان المحاكمة المنصفة، ووجوب تأسيس العقوبات على مبدأ التناسب(٣).

وبـالإضافـة إلى ذلك، فيجب أن نشير إلى أن الـرقـابة الـدستـوريـة وفقا للنمـوذج الأمريكى تهدف مباشرة إلى حمايـة الحقوق والحريات فى مواجهة السلطـة. فهذه الحماية هى الهدف الأسمى من الرقابة الدستورية فى نموذجيها الأمريكى والأوروبى(٤).

---

(١) Dc. No. 71 - 44 du 16 Juillet 1971, Recueil jur. constit (1959 - 1993), p.24.
Dec. No. 75 - 54 Dc. du 15 Janvier 1975, Rec. op. cit., p.30.
وأكد ذلك من قبل مجلس الدولة الفرنسى ومحكمة النقض الفرنسية. انظر:
(Vedel, Avant - Propos فى مؤلف Eisenmann, op. cit., P.XI).

(٢) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٢ و ٢ يناير سنة ١٩٩٣ السابق الإشارة إليهما.

(٣) Antonio Baldessare, The impact of the constitutional court on the Italian code and constitutional principles, (Nouvelles études pénales, le systémes comparés de justice, pénale le la diversité au rapprochement, no. 17 1998, p. 242-246).

(٤) R. Llorente, op. cit., p.21.

وإذا استقرأنا التنظيم الإجرائى للرقابة الدستورية يتجلى هدف حماية الحقوق والحريات بوضوح . ففى النظم التى أخذت بطريق الادعاء المباشر من الأفراد ، كما فى ألمانيا وأسبانيا ، وفى إيطاليا والبرتغال (فى حدود معينة) ، تستهدف الدعوى المباشرة أمام المحكمة حماية الحقوق الدستورية للأفراد ، دون أن يتعلق الأمر بنزاع معروض أمام القضاء العادى . وإذا كان الطعن الدستورى فى حقيقته منصبا على القانون بطريقة مجردة ، فلا يجوز أن ننسى أن القانون ما هو إلا أداة لحماية الحقوق والحريات(٥) . ويتجلى أيضا هذا الهدف فى الرقابة الدستورية التى تمارسها المحكمة بمناسبة نزاع معروض على القضاء العادى لأنه يثير قضية الدستورية بمناسبة الادعاء بأن التشريع المطعون عليه يحول دون حماية الحقوق والحريات التى أعلنها الدستور.

٤٥ـ (ثالثا): إشباع الحاجات المتطورة للمجتمع

تعتبر هذه الرقابة من الوظائف الفنية القضائية حين ينهض بها قضاة متخصصون قادرون على كفالة الرقابة على القوانين ، وهى وظيفة إبداعية أبعد بكثير من الوظائف القضائية التقليدية التى يغلب عليها عنصر التفسير والتطبيق وخدمة القوانين ، بل إن تفسير القضاء الدستورى للدستور يتم بمنهج جد مختلف عن منهج تفسير القوانين . ولقد عاب البعض على القضاء الدستورى حريته الواسعة فى التقدير فى ضوء صياغة النص الدستورى مما يخشى معه أن تحل أحكامه محل نصوص الدستور. وهو قول محل نظر، ذلك أن ما تتصف به بعض النصوص الدستورية من خاصية عدم التحديد يتيح للقضاء الدستورى إشباع الاحتياجات المتطورة للمجتمع الديمقراطى . ولهذا قيل بإنه كلما نقصت صفة التحديد فى هذه النصوص اتسعت سلطة المشرع وخضع فى ممارستها للرقابة الدستورية ، كما أن زيادة العناية بتدقيق صياغة النصوص لتكون محددة فى معانيها تؤدى من ناحية أخرى إلى تقليل حرية المشرع وتقييد الرقابة على الدستورية ، مما يصيب الدستور بالجمود ، وذلك باعتبار أن الرقابة على دستورية القوانين تتيح للقضاء الدستورى فرصة التجاوب مع احتياجات المجتمع المتطورة لكى تكون نصوص الدستور على الدوام عملا حيا لا يتوقف نبضه . ويمكن أن نشير فى هذا الصدد إلى دور

(١) انظر: R. Llorente, op. cit., p.28.

المحكمة العليا الأمريكية فى تفسير الدستور الاتحادى الذى مضى عليه قرنان من الزمان والذى تتصف نصوصه بأنها ليست على جانب كبير من التحديد، فقد ذهب الفقه الأمريكى إلى أن هذه الصفة سمحت للدستور الأمريكى بأن يتجاوب مع مجتمع حر متطور، وقال بأنه إذا كانت صفة التحديد تحتل موقع الشرف فى القرار الإدارى فإنها تعتبر أمرا قاتلا إذا لحقت دستورا يريد أن يعيش [1]. وفى هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا فى مصر إن الدستور وثيقة تقدمية لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية وإنما تمثل القواعد التى يقوم عليها والتى صاغتها الإرادة الشعبية انطلاقة إلى تغيير لا يصد عنه التطور آفاقه الرحبة[2].

وكان البعض قد انتقد الرقابة الدستورية تأسيسا على أنها تخنق خيال رجال السياسة وتكسر حيوية المشرع، وقال بأن نصوص الدستورية تبدو ميتة إلى أن تأتى السياسة فتبعث فيها الحياة. إلا أن هذا القول لم يصمد للنقد على أساس أن القضاء الدستورى فى غمار تفسيره للقواعد الدستورية يبحث عن الحلول الجديدة للمشاكل الاجتماعية، وأنه يصاحب تطور الضمير والسلوك والمصالح الاجتماعية. والقول بأن القضاء الدستورى يصادر خيال رجال السياسة مردود بأن المبادئ الدستورية مملوءة بالرغبة والأمل. ويأتى هذا القضاء لكى يحقق معايشة التطور الاجتماعى[3] باسم الدستور وباسم الوعود التى عبر عنها.

٤٦- (رابعا): تحقيق الاستقرار السياسى والقانونى

تؤدى الرقابة على دستورية القانون إلى حسم النزاع بين الاتجاهات السياسية حول مضمون بعض القوانين، وذلك إذا ما حدثت مواجهة بين الأغلبية والمعارضة حول مسائل مهمة ثار حولها خلاف دستورى، ففى هذه الحالة يكون الالتجاء إلى القضاء الدستورى ضروريا لحسم هذه المواجهة. وعندئذ تؤدى الرقابة على دستورية القوانين إلى

---

(١) Favoreu, op. cit., p. 56. مشارا إليه فى coppelletti,

(٢) المحكمة الدستورية العليا فى ٤ يناير ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية العدد (٤) فى ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢.

(٣) انظر: Dominique Rousseau, op. cit., p.20.

تجنب الاضطراب التشريعى إذا ما جاءت أغلبية برلمانية جديدة تريد المساس بالقانون ، طالما أن القضاء الدستورى قد قال كلمته بشأن مدى مطابقة هذا القانون للدستور (١). ومن خلال الرقابة الدستورية يمكن ضمان سير السلطات العامة وتقسيم الاختصاصات فيما بينها . وتتجه بعض القوانين إلى تخويل أجهزة الرقابة الدستورية سلطة التحقق من سلامة انتخاب أعضاء البرلمان ، كما فى فرنسا والمغرب (٢).

وقد لوحظ أن المجلس الدستورى فى فرنسا قد التجأ إلى منهج خاص فى التفسير فى بعض قراراته كسلاح للتخفيف من الصراعات السياسية ، والاتجاه إلى إحداث القوانين بين الأغلبية والمعارضة (٣).

كما تسهم الرقابة على دستورية القوانين فى تحقيق الاستقرار القانونى وحسم المنازعات حول الحقوق والمراكز القانونية التى تنشأ عن طريق القانون . فالقضاء العادى ينظر منازعات تحكمها تشريعات مختلفة بمثابة شبكة معقدة من القوانين . وما لم يوجد قضاء دستورى يربط فروع هذه الشبكة بمصدر واحد هو الدستور، فإن ذلك سوف يخل بوحدة النظام القانونى الذى يقف الدستور على قمته . وهو ما يتجلى فى انفراد القضاء الدستورى بتحديد معانى الدستور فى مقام الرقابة على الدستورية ، فيحافظ بذلك على الاستقرار القانونى القائم على سيادة الدستور. ولهذا نجد أن المحكمة

---

(١) انظر:

Foureu et Telowicz; le contrôle jusidictionnel des lois, collection droit public positif, Economica 1986, p. 42 - 69

وقد لوحظ أن تشكيل القضاء الدستورى فى أوروبا الغربية يتضمن تمثيل الطابع الديمقراطى للسلطة السياسية ففى فرنسا يشكل المجلس الدستورى من ٩ أعضاء يختار كل من رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ ثلاثة منهم ، وفى ألمانيا تتكون المحكمة الدستورية الفيدرالية من ١٦ عضوا يختار كل من البرلمان الاتحادى وبرلمان الولايات ٨ منهم ، وفى النمسا تتكون المحكمة الدستورية النمساوية من ١٤ عضوا و ٦ احتياطيين يختارهم رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الحكومة الفيدرالية لثمانية أعضاء والمجلس الوطنى لثلاثة أعضاء ، والمجلس الفيدرالى لثلاثة أعضاء ، وفى إيطاليا تتكون المحكمة الدستورية من ١٥ عضوا يختار كل من رئيس الجمهورية والبرلمان ومجلس القضاء الأعلى ٥ منهم ، وفى أسبانيا تتكون المحكمة الدستورية من ١٢ عضوا بناء على اقتراح الكونجرس لأربعة أعضاء . ومجلس الشيوخ لأربعة أعضاء ، والحكومة لعضوين ، والمجلس العام للقضاء لعضوين .

(٢) Nadia Bernoussi, Thèse de doctorat, op. cit., T.I, pp. 27 etc.

(٣) Alexxandre Viala, Les Réserves d'interprétation dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, L.G.D.T., Paris, 1999 pp. 155-170.

الدستورية العليا فى مصر فى مقام تحديد المقصود بالشريعة الإسلامية كمصدر أساسى للتشريع قصرت مدلولها على الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالتها ، ووصفتها بأنها تمثل من الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلا أو تبديلا ، ومن غير المتصور بالتالى أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان ، إذ هى عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها [١].

فالرقابة على دستورية القوانين لا تنتهى بوضع الدستور على قمة النظام القانونى فحسب ، وإنما تعمل على وحدته . فالدستور تنعكس نصوصه على جميع فروع النظام القانونى ، مما يسمح تجاوزًا بوجود قانون دستورى جنائى ، وقانون دستورى مدنى ، وقانون دستورى اقتصادى ، وقانون دستورى للعمل ، وقانون دستورى للوظيفة العامة ، وقانون دستورى للأسرة ، وقانون دستورى للحياة السياسية ، وقانون دستورى للضرائب . . إلخ .

وهكذا ، فإن النظام القانونى يبدو متعددا فى مصادره وفى وسائله وفى المصالح التى يحميها ، وترك هذا التعدد على عواهنه يؤدى إلى الفوضى القانونية [٢]. إلا أن الدستور هو الذى يحول دون هذه الفوضى ، حين يضمن خضوع كل فروع النظام القانونى لمبادئ دستورية واحدة . وتأتى الرقابة الدستورية فتكفل وحدة النظام القانونى على يد الدستور ، فتسهم بذلك فى تحقيق الاستقرار القانونى .

---

(١) دستورية عليا فى ١٥ مايو سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية ٥ يونية ١٩٩٣ ، العدد (٢٢ تابع) .

(٢) انظر:

Dominique Rousseau, op. cit., p.23,24.

الباب الثـالث

أشكال الرقابة الدستورية

٤٧ـ عرض عام لأشكال الرقابة الدستورية

يبين من استقراء تطور الرقابة الدستورية أنها لا تخرج عن أحد الأشكال الآتية :

(١) الرقابة التبعية ، كما فى النموذج الأمـريكى [١]. وتكون مـن خلال الدفـع أمام المحكمة ذات الاختصـاص بنظر نزاع معين . وتوجـد فى الولايات المتحدة الأمـريكية ، وسويسرا ، واليـونان ، والبرتغـال . ووجود هذا الشكل مـن الرقابـة الدستـورية فى دول أخرى غير الولايات المتحدة لا يمنع من أخذها بأشكال أخرى من هذه الرقابة .

(٢) الرقابة السابقة ، كما فى فرنسـا بحسب الأصل ، وفى النمسا وإيطاليـا والبرتغال وعدد مـن دول وسط أوربا ، فى حدود معينـة . وتتم من خلال الطعـن على مشروعات بقواعد قانونية فى تشريع أو لائحة أو اتفاقية دولية .

(٣) الرقابة المجردة ، وهى رقابة لاحقة تتم أمام محكمة دستورية (متخصصة) بطريق الدعوى المباشرة . وتعرض فيها المسألة الدستـورية بعد صدور القانون دون ارتباط بنزاع حـول تطبيق القاعـدة القانـونيـة المطعون عليهـا ؛ كما فى ألمانيا ، والنمسـا ، وأسبانيـا ، والبرتغال .

(٤) الرقـابة المحـددة ، وهى رقابـة لاحقة تتم أمـام محكمة دستـورية (متخصصـة) بطريق الـدعوى . إلا أن المسألـة الدستوريـة المعروضة عليهـا ترتبط بنـزاع حول تطبيق

---

(١) انظر بند ٤٠ فيما تقدم .

القاعـدة القانونيـة المطعون عليها . ويعتبر هـذا الارتباط شرطا لقبـول الدستوريـة أمام المحكمة . ومثالها فى ألمانيا ، وإيطاليا ، والنمسا ، وأسبانيا ، والبرتغال .

(٥) الرقابة المباشرة ، وهى رقابة لاحقة تتم أمام محكمة دستورية (متخصصة) بطريق الدعوى المرفـوعة بواسطة أحد الأشخـاص . إلا أن المسألة الدستورية المعـروضة عليها ترتبط بادعاء حدوث ضرر بأحد الحقوق الأساسية (أى التى يحميها الدستور) للشخص رافع الدعوى . وترد هذه الرقابة على أى عمل من أعمال السلطة العامة سواء كانت هى السلطة التشريعيـة (القواعـد القانـونية التشريعيـة) ، أو التنفيذيـة (القواعـد القانـونية اللائحيـة) ، أو القضائية (الأحكـام) . وذلك فى الحدود التى ينص عليها الـدستور أو القانون فى الدولة الآخذة بهذا الشكل من الرقابة .

ويلاحظ أن هذه الأشكال على اختلافها ترتد إلى نظامين :

أ ـ رقابة سابقة على إصدار القاعـدة القانونية محل الطعن ـ وينفرد بها الشكل الثانى من الرقابة .

ب ـ رقـابة لاحقة على إصدار القـاعدة القانـونية محل الطعن ـ وتندرج تحتهـا سائر أشكال الرقابة ، (الأول ومن الثالث إلى الخامس) . وفيما يلى ندرس هذين النظامين .

الفصل الأول

نظام الرقابة الدستورية السابقة

٤٨ـ تطور نظام الرقابة السابقة:

الرقابة السابقـة هى رقابة وقائية "Préventif" وتسمى بـذلك لأنها تتم فى مرحلـة إنشاء القاعدة القانونية، أى قبل إصدارها وقبل تطبيقها بطبيعة الحال.

ويتجلى نموذجهـا فى المجلس الدستورى الفـرنسى. وقد أنشئ بوجـه خاص حتى يلتزم البرلمان بأن يزاول اختصاصه وفقا للدستور. وقد استقر الأمر على تفضيل استخدام لفظ (المجلس الدستورى)، لـلإشارة إلى الهيئة المختصة بالـرقابة حتى لا يخضع البرلمان لرقـابة المحكمة. ويعتبر المجلس الـدستورى جهازا سيـاسيا يمارس وظيفة قضـائية [١] (Une fonction juridictionnelle)، هى بحسب الأصل، التحقق من دستـوريـة القرارات الصادرة من البرلمان.

وقد عبر كاريـه دى مالبيرج[٢] Carré de Malberg ـ وهـو من أنصار الـدولة الشرعيـة ــ عن أسـاس الرقـابـة السـابقـة فى قولـه؛ بأنـه يجب على المشرع عنـد وضع التشريعات أن يبحث ما إذا كـان التشريع مطابقا للدستـور وأن يحسم كل الصعوبات التى تثـور فى هذا الشأن، فإذا مـا أقر المشرع تشريعـا، فإن واقعة إقـراره تجعل التشريع فـوق أى جدل يتعلق بـدستوريتـه. وعلى ذلك، فـلا يجوز لأية سلطـة، ولا يجوز لأى قاض بـوجه خـاص، أن يعيد بحث مدى مطـابقة التشريع للـدستور. فـالبرلمان هو

---

(١) François Luchaire, Le conseil constitutionnel, Economica, 20 édition refondue,Tome I, 1997.

(٢) انظر: Raymond Carre, De Malberg, La loi expression de la volonté générale, Paris 1933 (rééd. Economica, Paris, 1984, p.131.

صاحب السيادة فى هذا القانون. وكل ما يمكن قوله بعد ذلك هو أن تفسير الدستور يملكه البرلمان، لأنه يمارس سلطات السيادة، وبها يصبح هو القاضى فى دستورية تشريعاته. وكنتيجة لذلك، فليس للمحاكم أن تفسر الدستور، وليس لها على الأقل أية سلطة تجاه المشرع. وعلى القاضى أن يطبق التشريع وليس له أن يرتفع إلى ما هو أعلى منه وهو الدستور، لأن مهمته تنتهى عند تطبيق التشريع وحده. وقد بينا أن هذا الفكر المستمد من نظرية الدولة الشرعية، قد انتهى فى ضوء نظرية الدولة القانونية [١].

وتأثرا بهذا الفكر نودى فى فرنسا بالرقابة السياسية على دستورية القوانين دون الرقابة القضائية[٢]، فنص دستور السنة الثانية للثورة (١٥/ ١٢/ ١٧٩٩) على إسناد مهمة الرقابة إلى مجلس الشيوخ، على أن تكون هذه الرقابة سابقة على إصدار القوانين. وقد عجز هذا المجلس عن مباشرة اختصاصه بفاعلية فتحول إلى أداة فى يد نابليون يسيره وفق مشيئته. وساهم فى هذا العجز أن مجلس الشيوخ كان لا يراقب إلا القوانين التى تحال إليه بواسطة الحكومة أو من هيئة التريبونات «Tribunat» (إحدى الجمعيات المنشأة بدستور السنة الثامنة وألغيت سنة ١٨٠٧)، ولم يجرؤ هذا المجلس على الحكم بعدم دستورية أحد القوانين، وظهر هذا النظام مرة أخرى فى دستور ١٤ يناير سنة ١٨٥٢ الذى نصت مقدمته على أن مجلس الشيوخ هو حارس العهد الأساسى والحريات العامة. وشابته نفس الملاحظات الواردة على المجلس الأول، مما أدى إلى عدم التفكير فيه مرة أخرى بعد سنة ١٨٥٢ تاريخ إلغاء الدستور. إلى أن وضع دستور سنة ١٩٤٦ فظهرت الفكرة مرة أخرى تحت اسم اللجنة الدستورية "Comité Constitutionnel"، مع تقييدها بعدم التدخل لبحث دستورية القوانين إلا بتوافر شروط وتطبيق إجراءات معينة تتمثل أساسا فى توجيه طلب إليها من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية بموافقة الأغلبية المطلقة لهذا المجلس، وذلك قبل صدور القانون، وبشرط ألا يتعلق إلا بالفصول العشرة الأولى الخاصة بتنظيم السلطات العمومية فى الدولة، فضلا عن طغيان الجانب السياسى عليها. وجاء دستور سنة ١٩٥٨ فسار على نفس المنهج من حيث الرقابة السابقة، فأنشأ هيئة تسمى المجلس

---

(١) انظر ما تقدم بند ٤٣ ص ١٢٥ .

(٢) انظر فى تطور فكرة الرقابة السياسية : F. Luchaire, Le conseil constitutionnel, Economica,1980, pp.518

الدستورى «Conseil Constitutionnel» وعلى الـرغم من التشكيل السيـاسى لهذه الهيئة، فكما سنبين فيما بعد، فقد أصبحت تمارس وظيفة قضائية[1].

ومن حيث الرقابة السابقة (الوقـائية) التى يمارسها المجلس الدستورى فإنها وجوبية فيما يتعلق بالقوانين العضوية Lois organiques، واللوائح الصادرة من البرلمان. وعدا هاتين الحالتين، تكـون اختيارية، إذا ما دعى المجلـس الدستورى للنظر فى دستـورية مشروعات القـوانين أو أحد الاتفـاقيات الـدولية، وذلك وفقـا للإجـراءات التى ينص عليها الدستور[2].

وقد أخذت بعـض الدول بالرقابة السـابقة ـ بجـانب الرقابـة اللاحقة ـ فى حـدود معينة. ففى النمسا، نص الـدستور الاتحادى (المادة ١٣٨/ ٢) على أنه بناء على طلب الحكومة الاتحاديـة أو حكومة أحد الأقـاليم، تعلن المحكمة الدستوريـة ما إذا كان أى عمل محدد ممـا تباشره الحكـومة الاتحاديـة أو المحلية يتعلق بتـوزيع الاختصاصـات فيما بينها، يتفق مع الـدستور أم لا. ويستوى فى ذلك أن يكون هـذا العمل من مشروعات القوانين أو مشروعات اللوائح. وينحصر دور المحكمة الدستـورية فى تحديد ما إذا كان مشروع القـانون أو مشروع الـلائحة المعـروضة عليهـا، يدخل فى اختصـاص الحكومـة الاتحادية أو الحكومة المحلية Lönder. وفى هذا النطـاق، فإن المحكمة الدستـورية لا تملك بحث ما إذا كانت القاعدة المحالة إليه تطابق الدستور أم لا[3].

---

(١) انظر: Luchaire, op. cit., pp.52-56.

(٢) تمارس الرقـابة السـابقة بنـاء على طلب رئيس الجمهورية بحكم رعـايته لاحترام الـدستور، والـوزير الأول (رئيس الحكومة) ورئيس الجمعية الوطنيـة، ورئيس مجلس الشيوخ. ويجوز لأى من هؤلاء أن يقدم طلبا إلى المجلس الدستورى للنظر فى مدى دستورية اتفـاقية دولية (طبقا للمادة ٥٤ من الدستور)، أو تشريع وافق عليه البرلمان ولم يتم إصداره (طبقا للمادة ٦١ من الدستور).

ويجوز لرئيس الحكومـة أو لرئيس الجمعية الوطنية إذا ما قدم تعديل أو اقتراح بقانـون، وحدث خلاف فى الرأى بين الاثنين حـول مدى اختصاص المشرع بـه، أن يطلب أى منهما من المجلس الدستـورى النظر فى الأمر وفقـا للدستور، ويجوز لستين نـائبا فى الجمعية الـوطنية أو فى مجلس الشيـوخ، أن يطلبوا من المجلس الدستورى بحث مدى دستورية النصوص التشريعية التى أقرها البرلمان قبل إصدارها.

ويجوز للوزيـر الأول وحده أن يطلب من المجلـس الدستورى بحث مـا إذا كان نص تشريعى تـم صدوره فعلا مدخل فى اختصاص السلطة اللائحية (المادة ٣٧/ ٢ من الدستور).

انظر: Conseil constitutionnel Français, Annuaire International de la Justice constitutionnelle Economica, 1987, p.141, 142.

(٣) Ulrike Steinhorst; Cours constitutionnelle Autrichienne; Annuaire International de la Justice constitutionnelle, Economica, 1987, p.60.

وفى إيطاليا، فإن المحكمـة الدستورية تبـاشر رقابتها الوقـائية طبقا للمادة ١٢٧ من الـدستـور، حين تطلب الحكومـة الإيطـاليـة من هـذه المحكمة بحث مـدى الشرعيـة الدستـورية للتشريعـات التى تصدرهـا المجالس الإقليميـة أو مدى مـلاءمتها فى حل التنازع بين المصالـح، وذلك فى حالة اعتراض الحكومة على هـذه التشريعات وتصميم المجلس الإقليمى على هذه التشريعات رغم اعتراض الحكومة.

وفى البرتغال، طبقا لـدستورها (المادة ٢٧٨) يجوز لرئيس الجمهـورية أن يطلب من المحكمة الدستورية تقـدير مدى دستورية القواعد، التى تتضمنهـا المعاهدات الدولية المعروضة عليـه؛ للتصديق عليها، وكذلك الشأن بالنسبة إلى القـواعد التى تصدر من خلال التشريع أو المرسـوم بقانـون، وكذلك الشأن بـالنسبة إلى أى اتفـاق دولى يعرض للتوقيع عليه. كما يجوز بالنسبة للقـوانين الأساسية أن يطلب رئيس الجمهورية أو رئيس الـوزراء أو خمس أعضاء بـالبرلمان "Assemblée de la Republique" من المحكمة الدستورية بحث مدى دستوريتهـا قبل إصدارها، كما يجوز للوزراء أيضا أن يطلبوا من المحكمة الدستورية بحث مدى دستورية القواعد الواردة فى المراسيم بقانون الإقليمية، والمراسيم التى تصدر لوائح تسرى على الجمهورية، والتى تعرض عليهم لتوثيقها[١].

وقد اتجه عدد مـن دول وسط أوربا التى أخذت بالـرقابة اللاحقة إلى أن تـأخذ أيضا بالـرقابـة السابقة فى حـدود معينة. ففى بلغـاريا تختص المحكمة الـدستوريـة (دستور ١٩٩١) بالرقابة السابقة على الاتفاقيات الدولية قبل التصديق عليها[٢]. وأقرت المجر (سنة ١٩٨٩) الـرقابـة السابقـة على الاتفاقيـات الدوليـة قبل التصديق عليهـا، وكذا مشروعـات القوانين (بصفـة اختياريـة) ولائحة الجمعيـة الوطنيـة[٣]. وأقرت رومـانيا (١٩٩٢) الرقابة السابقة على مشروعات القوانين بعد إقرارها من دائرتى البرلمان[٤]. وفى بولندا، أجـاز القانون الصادر فى أول أغسطس سنة ١٩٩٧ بشأن المحكمة الـدستورية لرئيس الجمهـورية أن يطلب من المحكمـة الدستوريـة مـراقبة دستوريـة القانـون قبـل

---

(١) Louis de Alemida; Le tribunal constitutionnel Portugais; Annuaire Internationnelle, Economica, 1987, p.198,

(٢) T. Karagiozova - Finkova, La justice constitutionnelle en Bulgarie, La justice constitutionnelle en Europe centrale, op. cit., p.19.

(٣) Tröcsanyi, la justice constitutionnelle en Hongrie, la justice constitutionnelle en Europe centrale, op. cit., p.66.

(٤) Vasilescu, la justice constitutionnelle en Roumanie, la justice constitutionnelle en Europe centrale, op. cit., p.126.

توثيقه وكذا الاتفاقية الدولية قبل التصديق عليها (المادة ٢/ ٢)(١).

٤٩ ـ الوظيفة القضائية للمجلس الدستورى الفرنسى

أنشئ المجلس الدستورى فى فرنسا طبقا لدستور ١٩٥٨ بهدف مراقبة أعمال البرلمان، إلا أن الأعمال التحضيرية لنصوص الدستور وقرارات هذا المجلس أفصحت عن أن الهدف كان يرمى إلى كفالة الحماية الفعالة للحقوق والحريات. وقد تجلى هذا التطور فى أن المجلس الدستورى أفصح فى قراره الصادر فى ٦ نوفمبرسنة ١٩٦٢(٢) أنه ليس إلا جهازا منظما لنشاط السلطات العامة، ثم تطور قضاؤه فى ضوء التعديل الدستورى الصادر فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٧٤، فامتد إلى حماية الحقوق والحريات(٣).

وتتصف وظيفة هذا المجلس بالطابع القضائى "Juridictionelle"، فيعتبر جهة من ذات اختصاص قضائى، مما يسمح باعتبار قراره حكما"Jugement"، وقد لوحظ أن لائحة المجلس فى مسائل الانتخابات التشريعية قد عبرت عن قراره بأنه حكم (المادة ١٤)، كما أن المجلس اعتبر أن قراراته تحوز حجية الأمر المقضى ورفض أى طلب يمس هذه الحجية، وأكد صراحة أن دوره له طابع قضائى(٤). ومع ذلك ذهب البعض إلى أن هذا المجلس هو جهاز سياسى قانونى "Organe politico - Juridique"، مما يترتب عليه أنه يجب أن يفصل فى الموضوع من وجهتى النظر القانونية والملاءمة السياسية(٥). وذهب البعض الآخر إلى أنه جهة ذات طابع خاص "Sui généris" تساهم فى السياسة بقدر مساهمتها فى القانون، ولكنه ليس جهة قضائية(٦). وذهب البعض الآخر إلى أنه جهاز سياسى سواء فى تشكيله أو فى وظيفته(٧).

---

(١) Garlicki, la justice constitutionnelle en Pologne, la justice constitutionnelle en Europe centrale, op. cit., p.118.

(٢) Décision No. 62 - 20 Dc du 6 Novembre 1962, Recueil jur. constit., p.11.

(٣) François luchaire, le conseil constitutionnel, Tome, I, op. cit., pp.21,31.

(٤) انظر: F. Luchaire, Le conseil constitutionnel est-il une juridiction Revue de droit public, 1979 p19.

(٥) نادى بذلك Paul coste Floret الوزير السابق فى مداولات اللجنة الاستشارية الدستورية لدستور ١٩٥٨. انظر: Luchaire, op. cit., p.49.

(٦) نادى بذلك Chatenet وزير الداخلية السابق والعضو السابق بالمجلس الدستورى فى ندوة عقدت بمدينة إكس آن بروفانس سنة ١٩٧٧. انظر: Lu chaier, op. cit., p.49.

(٧) نادى بذلك Chenot الوزير السابق ونائب رئيس مجلس الدولة الفرنسى السابق والعضو السابق بالمجلس الدستورى فى ندوة إكس آن بروفانس Luchaire; p.50.

على أنه لوحظ بأن الادعاء بالطابع السياسى لوظيفة المجلس الدستورى، يصطدم بالمبادئ الأساسية للقانون الدستورى سواء من حيث الديمقراطية أو من حيث المسئولية السياسية . فمن حيث الديمقراطية، فإن الانتخاب العام وحده هو مصدر السلطة، كما عبر عن ذلك دستور ١٩٥٨ باعتبار أن السيادة الوطنية يملكها الشعب ويمارسها بواسطة ممثليه وبواسطة الاستفتاء (المادة ٣ من الدستور)، بينما لا يعتبر أعضاء المجلس الدستورى ممثلين للشعب، كما أنهم ليسوا منتخبين، مما لا يجوز معه القول بأن المجلس يمارس سلطة سياسية . ومن حيث المسئولية السياسية، فإن كل سلطة سياسية تتحمل المسئولية؛ فالحكومة مسئولة أمام البرلمان، والبرلمان يمكن حله بواسطة رئيس الجمهورية، ومسئولية رئيس الجمهورية (وفقا للدستور الفرنسى) تنعقد مباشرة إما بواسطة الاستفتاء أو عند إعادة انتخابه، أو تنعقد بطريق غير مباشر من خلال طلب سحب الثقة من الحكومة أو انتخاب الجمعية الوطنية . هذا بينما لا يعتبر أعضاء المجلس الدستورى مسئولين أمام أى شخص من الأشخاص فهم غير قابلين للعزل ويمكنهم استمرار الأعضاء الدائمين منهم فى مواقعهم حتى الموت .

وواقع الأمر إلى أن المجلس الدستورى يأخذ موقعه مع إجراءات إصدار القانون فيسهم فى هذه العملية برقابته قبل الإصدار، وهو على هذا النحو يمارس رقابة مؤسسية "contrôle institutionnel" لا رقابة قضائية، وذلك باعتبار أن دوره ــ فى معظم نشاطاته ـ يتم نحو إصدار التشريع وقبل تمام هذا الإصدار، ويمارس اختصاصه فى غير خصومة procès (عدا الطعون الانتخابية) .

وقيل فى اختتام هذا الجدل حول طبيعة المجلس الدستورى الفرنسى إن القائلين بطبيعته السياسية يعتمدون فى فكرهم على معيار ضيق لمفهوم جهة القضاء juridiction ويجهلون التصور الحديث لوظيفة المجلس الدستورى، ولا يعتمدون فى تحليلهم على معرفة جيدة بالقانون المقارن وأضاف هذا القائل أن المجلس الدستورى الفرنسى قد دخل مع بعض الخصوصية فى طائفة المحاكم الدستورية الأوربية، سواء من حيث التشكيل أو من حيث الإجراءات [١].

---

(١) Henry Roussillon, Le conseil constitutionnal, 3e édition (connaissonce juridique - Droit public) Dalloz, 1996, pp. 6 et 7.

وواقع الأمر أن اعتبار المجلس الدستورى جهة ذات اختصاص قضائى لا يعنى أنه هيئة قضائية عادية، إذ يتميز عنها من حيث طبيعة الأعمال التى يراقبها. فهو من ناحية يعتبر قاضى التشريع "Juge de la loi" قبل إصداره. ويمتد اختصاصه[1] إلى التشريع بعد إصداره عندما يمارس الرقابة السابقة على مشروع قانون جديد يعدل فى قانون سابق أو يكمله أو يعدل فى نطاق تطبيقه ففى هذه الحالة يتصدى المجلس الدستورى لبحث مدى دستورية التشريع الذى يعدله القانون المطعون عليه قبل إصداره. وهو من ناحية أخرى قاضى الانتخابات. وهو ما يميزه عن جهات القضاء الأخرى لأن اختصاصه يرد على أعمال تعبر عن إرادة الشعب[2].

٥٠ـ تقدير الرقابة السابقة

وتتميز الرقابة السابقة بأنها رقابة مجردة، لا تتعلق بنزاع معين معروض على القضاء العادى.

لاشك أن الرقابة السابقة على دستورية القوانين ـ فى حدود معينة ـ تحقق نوعا من الاستقرار الدستورى فى البلاد. فهى رقابة وقائية تضمن قيام القوانين على أسس دستورية مع تفادى مفاجآت التطبيق العملى التى قد تصيب قوانين أساسية تمس الحقوق السياسية أو نظام الحكم.

على أن الرقابة اللاحقة تتميز عن هذه الرقابة بأنها تكشف العيوب الدستورية التى تكشّف عنها تطبيق النص عندما يرى نور الحياة، بخلاف الرقابة السابقة. كما أنه يلاحق بالرقابة التشريعات السابقة على الدستور والتى تتنافى مع إرادة المشرع الدستورى، إذا ما نكل المشرع العادى عن تعديل هذه التشريعات بما يتفق مع الدستور. فضلا عن أنه فى حالة الرقابة السابقة ـ الاختيارية ـ تضطر المحاكم إلى تطبيق قوانين مخالفة للدستور بسبب عدم مباشرة هذه الرقابة قبل إصدار القانون.

---

(١) Décision No. 85 - 187 Dc du Janvier 1985, Recueil jur. const. (1959 - 1993), p.223.

(٢) Luchaire, op. cit., p.54.

٥١ـ الاتجاه نحو الأخذ بالرقابة اللاحقة فى فرنسا

وفى ضـوء هذا النقـد تقدم رئيـس الجمهوريـة الفرنسيـة فى الـدورة الثانيـة العاديـة (١٩٨٩ـ ١٩٩٠) بناء على اقتراح الحكـومة، بمشروع قانون دستورى يـورد تعديلا على المواد ٦١ و ٦٢و ٦٣ من الدستور الفرنسى بما يؤدى إلى استحداث الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين عن طريق الدفع، بالإضافة إلى الرقابة السابقة. كما تقدمت الحكومة فى الوقت نفسـه بمشروع قانـون أساسى يعدل الأمـر الصادر فى ٧ نـوفمبر سنة ١٩٥٨ بإصدار القانـون الأساسى الخاص بالمجلس الدستورى. ويقضى التعـديل الدستورى المقترح بتخويل المجلس الدستورى سلطة مراقبة دستورية التشريعات بناء على إحالتها إليه من المحكمـة العاديـة، بما يدخل على النظـام الفرنسى رقابـة دستوريـة لاحقة على تطبيق القانون يحركها أحد الأفراد من خلال الـدفع أمام المحكمة العادية بمناسبة طرح دعواه أمامها، وإذا قرر المجلس عدم دستورية النص، توقف العمل به. وتحال المسألة الدستوريـة إلى المجلس الدستورى، إما من مجلس الـدولة أو من محكمة النقض أو من أى محكمة لا تخضع إلى أى من هـاتين الجهتين. ويتقيد الدفع بعـدم الدستوريـة الذى يثير قضية الـرقابة الدستـورية اللاحقـة أمام المجلس الدستورى بأن يتعلق بـالنصوص الخاصة بـالحقوق الأسـاسية. وطبقـا لهذا الاقتراح، فإن المجلس الدستـورى لا تدخل الدعـوى الدستوريـة فى حوزته مبـاشرة، وإنما يجب أن يتم ذلك بمناسبة إثـارة المسألة الدستـورية أمام إحـدى المحاكم المشار إليهـا، ويحوز قرار المجلس الدستـورى حجية مطلقة حول المسألة الدستورية بما لا يسمح بالمنـازعة فيها من جديد، ويعمل به اعتبارا من تاريخ نشره ما لم يقرر المجلس رجعية أثـره، وذلك بالنسبة للتشريعات السابقة على دستـورى ١٩٤٦ و ١٩٥٨ بـاعتبـار أن هـذه التشريعـات تعتبر ملغـاه بقـوة هـذين الدستورين. وقد وافقت الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ على هذا التعديل فى القراءتين الأولى والثانية بعد إجراء بعض التعديلات. إلا أن اللجنة الاستشارية لتعديل الدستور قدمت اقتراحا مقتضـاه، أنه يترتب على قرار المجلس الدستورى بعدم الـدستورية مجرد إلغاء النص المطعون عليه دون إبطاله بأثر رجعى، مع عدم جواز تطبيق هذا النص على الدعوى المنظورة أمـام المحكمة العادية والتى أثير أمامها الدفع بعدم الـدستورية. هذا مع عدم جواز ممارسة هذه الرقابـة على القوانين السابقة على إصدار التعديل الدستورى

إلا بعد سنتين من هـذا الإصدار. وإذ عرض هـذا الاقتراح على الحكومة لم تـوافق عليه حكومـة بالادير، ثم تقدمت الهيئة البرلمانيـة الاشتراكية بالجمعيـة الوطنيـة بتعديل على اقتراح اللجنة الاستشارية لم يلق التأييد، ثـم أعلن وزير العدل أنه يجب بحث الفلسفة القانونيـة التى منعت إعادة النظر فى القواعد القـانونية التى تم إصدارهـا بعد تطبيقها. ومن ثم، تم إرجاء بحث التعـديل الدستورى الذى استهدف الأخـذ بالرقابـة اللاحقة بالإضافة إلى الرقابة السابقة[1].

---

(1) Luchaire, op. cit., pp.191-212.

الفصل الثـــانى
نظام الرقابة الدستورية اللاحقة

٥٢ـ تمهيد

تنصب هذه الـرقابة على القـاعدة القانـونية بعد صدورهـا طبقا للدستـور. وفى هذا الصدد تختلف نظم القضاء الدستورى حول أشكال هذه الرقابة، ولكنها تتحد فيما بينها فى رسالـة واحدة هى الرقـابة على دستوريـة القانون. وفيما يلى نعـرض لأشكال الرقـابة الدستورية التى تندرج تحت هذا النوع من الرقابة.

المبحث الأول
الرقابة التبعية (النموذج الأمريكى)

٥٣ـ ماهيتها

تتحدد الرقابة الدستورية التبعية ـ المطبقة أصلا فى الولايات المتحدة الأمريكية ـ من خلال طعن قضائى عادى أمام إحدى المحاكم، يثار فيه دفع بعدم دستورية القاعدة القانونية المطلوب تطبيقها . ولهذا أطلق عليها البعض الطعن القضائى "Judicial review" إشارة إلى أن هذه الرقابة تابعة لهذا الطعن . وتعتبر من أهم ملامح القانون الدستورى فى الولايات المتحدة الأمريكية . ومن خلال هذا الطعن تملك المحاكم أن تنظر فى مدى دستورية التشريعات الاتحادية وتشريعات الولايات وغيرها من الأعمال التى يختص الكونجرس الأمريكى باتخاذها . وتكون الكلمة الأخيرة فى المسألة الدستورية للمحكمة الاتحادية العليا الأمريكية . فالرقابة الدستورية الأمريكية رقابة غير مركزية تباشرها المحاكم العادية تحت رقابة المحكمة الاتحادية العليا .

وقد ظهر هذا الطعن لأول مرة فى قضية "Marbury V. Madeson" حيث قررت المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية أن أحد التشريعات الصادرة من الكونجرس لا تتفق مع الدستور. وقد أوضح القاضى مارشال رئيس المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية أن القضاة يملكون تفسير كل من الدستور والتشريع، فإذا وجدوا خلافا بينهما وجب تفضيل الدستور على التشريع، لأن فى ذلك تفضيل لإرادة الشعب على إرادة نوابه(١). وقد استقرت أحكام المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية على هذا المبدأ، وبمقتضاه

---

(١) انظر الحكم الصادر فى قضية 1 Cr. (5 U.S.) 137 (1803) . مشار إليه فى المؤلف الذى أصدره مجلس الشيوخ الأمريكى تحت عنوان :

The constitution of the United States of America - Analysis and Interpretation, Annotations of cases by the supreme court of the United States to June 29, 1992, Washington 1996, p.701.

اختصت بتفسير كل من الـدستور والتشريع [1]. وباستقراء أحكـام المحكمة الاتحادية العليا الأمريكيـة، يبين أنها قد استندت إلى عدة معايير فى ممـارسة رقابتها الـدستورية؛ تتمثل إما فى الحرص على التحقق من عدم مطابقة التشريع للدستور[2]، إذا ما اقتضت الضرورة ذلك بكل دقة[3]، أو أن يكـون واضع التشريع قـد ارتكب خطأ واضحـا فيما يتعلق بتطبيق الـدستور[4]. وأحيـانـا اقتصرت المحكمـة على بحث مـدى دستـوريـة التشريع دون بحث دوافعـه أو سيـاستـه أو حكمتـه، أو مـدى تـوافقـه مع العـدالـة الطبيعيـة، أو المبادئ الـرئيسيـة لنظـام الحكم، أو روح الدستـور[5]؛ وأحيانـا أخرى اعتمدت على قرينة الدستورية فى التشريع[6].

وتتميز هذه الرقـابة الدستورية بأنها محددة وتابعـة . فهى محددة لتعلقها بنزاع معين معروض أمـام المحكمة، وهى تـابعة لأنها لا تثـار إلا تبعا لمسألـة موضـوعية معـروضة عليها . ويشترط لذلك أن تتمثل هذه المسألة الموضوعية فى نزاع حول إثبات ضرر بسبب انتهاك حق قانونى من الحقوق التى أنشأها الـدستور أو القانون، أو من حقوق القانون العام الأنجلو سكسونى Commom law[7].

وقد ظل شكـل الطعن القضائى Judical review طوال القرن التـاسع عشر تقريبا هو النظام الوحيـد فى العالم للحماية القضائية للدستور. وقـد امتد تطبيق هذا النظام إلى المستعمرات البريطـانية الناطقـة باللغة الإنجليـزية وإلى إيرانـدا. إلا أنه فى بريطـانيا لم يطبق هـذا النظـام لعلـة خـاصـة بها؛ هى عـدم وجـود دستـور مكتـوب، ممـا سمح للمحـاكـم ـ مـن الناحية العمـلية ـ إلى تحديـد المقصود بقواعد الدستور لا تفسيرها . وقد امتـد تأثير الولايات المتحدة إلى اليـابان عقب الحرب العالمية الثـانية، مما

---

(1) أشار الفقـه الأمريكى إلى أن المحكمة العليا الأمـريكية استعانت فى تفسير الـدساتير بأسانيد تـاريخية، أو مستمدة مـن النص، أو من الفقه، أو الأخـلاق، أو الحرص، أو العلاقـة بين التشريع والدستـور. انظر المرجع السابق ص ٧٠٥ و ٧٠٦.

(2) Prudestial constitutionns.

(3) Strict necessity.

(4) Clear Mistake.

(5) Eclusion of Extra - constitutionality.

(6) Presumption of constitutionality.

(7) The constitution of the United States.

المرجع السابق ص ٦٦٨ .

دفع المحاكم اليابـانية إلى أن تلعب دورا محسوسا فى تفسير وحمايـة الدستور تحت شكل الطعن القضائى، مع بعض الملامح الخاصة بالثقافة القـانونية اليابانية [1]. ومن ناحية أخرى، فقد وجد هـذا النموذج من الرقابة الدستورية تطبيقـا فى معظم دساتير أمريكا الـلاتينيـة فى القرنين التـاسع عشر والعشرين. وعلى العكس من ذلك، لم يعـرف هـذا النمـوذج فى أوروبـا فى القـرن التـاسع عشر، إلى أن ظهـرت بعض مـلامحه فى الـدول الاسكندافية (النرويج، الدانمرك، أيسلنـدا، ثم السويد)، ثم فى هولندا [2] وسويسرا واليونان[3]. على أن هذه الدول أخذت أيضـا وفى ذات الوقت ببعض الأشكال الأخرى للـرقـابة الـدسـتـوريـة. وقد كـانت مصر ـ قبل إنشـاء المحكمة العليـا ثم المحكمـة الدسـتـورية العليـا وفقا لـدستور ١٩٧١ـ تأخـذ بـالنموذج الأمـريكى فى الرقـابة على دستورية القوانين.

٥٤ـ أثرها

يتمثل هذا الشكل من الرقابـة الدستورية فى رقابة غير مـركزية، ولا تضمن الحجية المطلقـة لأحكـام المحكمة فى المسـائل الـدسـتـوريـة، فهى حجية قـاصرة على أطـراف الدعوى، فليست لها صفة مطلقة. إلا أن احترام السوابق القضائية فى الولايات المتحدة الأمريكيـة تخفف من حدة الحجيـة النسبية لـلأحكام. ومن نـاحية أخـرى، فإن هذا الشكل من الرقـابة الـدستورية لا يكفـل استقرار المبادئ الـدستوريـة، لأن من سلطة

(١) Garlick et Zakrzeroski; La protection juridictionnelle de la constitution dans le monde contemporain, op. cit., p.21.

(٢) انظر:

C.M. Zoethout, Reflection on constitutionalism in the Netherlands (Carlo M. Zoethout and others, Control in constitutional law, Martinus Nijhoff publishers, London, pp. 153 - 162).

(٣) Alexander von Brunneck, Le contre de constitutionnalité et le legislateur dans les democraties occidentales, Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1988, p.21.

Flogatis; Judicial Review of legislative Acts in Greece (Carlo M. Zoethout and others; pp. 145 - 151).

المحكمة العليا العدول عن مبادئها[1]. على أن هذا الشكل من الرقابة الدستورية يتميز بأنه يتيح للأفراد إثارة المسألة الدستورية مباشرة أمام المحاكم من خلال النزاع الموضوعى المعروض أمامها، مما يكفل الحماية القضائية لحقوقهم وحرياتهم دون حاجة لإجراءات خاصة قد تحول دون تحقيق منازعتهم الدستورية. ومع ذلك يعيب هذا النظام افتقاره إلى التخصص والانفراد الذى يعطى للمحكمة الدستورية كل الإمكانات للتفرغ للرقابة الدستورية، بالإضافة إلى أن حجية الأحكام الصادرة بناء على هذه الرقابة ليست مطلقة فى مواجهة الكافة.

---

(١) أشار المؤلف الذى وضعه مجلس الشيوخ الأمريكى، والذى أحلنا إليه فيما تقدم إلى عديد من السوابق فى هذا المعنى، المرجع السابق ص ٢٢٤٥ وما بعدها.

وانظر فى هذا المعنى عدول المحكمة العليا سنة ١٩٣٧ عن المعيار الذى وضعته فى قضية Adkins .

(Gerald Gunther, p.28).

المبحث الثـــانى
الرقابـــة المجـــردة

٥٥ـ ماهيتها

الرقابة المجردة "Abstrait" هى أحد أشكال الـرقابة اللاحقـة التى يمارسها القضاء الدستـورى المتخصص (المحكمة الـدستورية)، وتتميـز بأنها لا تكون بمنـاسبة تطبيق المحكمة العادية للقاعدة التشريعية المطعون فى دستوريتها . ولهذا تتم هذه الرقابة بعيدًا عن شرط المصلحـة فى الـدعـوى . والمثـال التقليـدى لهذه الرقـابـة نجـده فى القـانـون الألمانى[1]، حيث يفتح باب الطعن سعيا وراء هذه الرقـابة، لكل من الحكومة الألمانية الاتحادية وحكـومات المقاطعات الألمانيـة، وثلث أعضاء البونـدستاج (البرلمان الألمانى الاتحادى) . وكل مـا يشترط لقبـول الطعن هـو وجود اختـلاف فى الآراء حـول التطبيق العملى للقاعـدة القانونيـة المطعون عليها سـواء كانت تشريعيـة أو لائحية، ولا يكفى لذلك مجرد الاختلاف فى وجهـات النظر السياسية . وقد أخـذت بها أيضا بعض الدول الأوروبية مثل النمسا وأسبانيا، والبرتغال، وإيطاليا .

ومن هنا، لا يقتصر اختصاص المحكمـة الدستورية على بحث المسألة الـدستورية بالنظـر إلى تعلقها بنزاع محدد بين خصمين معروض على القضـاء، وإنما يمتد إلى بحث جميع النتائج المتـوقعة من وراء النصوص التشريعيـة المطعون عليهـا بعدم الدستـورية . وبذلك تكون الفروض والتصورات أمامها حول تطبيق هذه النصوص أكثر اتساعا، لأن المعروض أمـام المحكمة هو الصحـة العامة للنصـوص التشريعية لا صحتها بمنـاسبة تطبيقها على حالة محددة .

---

(١) Klaus Schlaich, Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux, Tribunal Constitutionnel Federal Allemand fondamentaux, Economica, p.119.

وانظر تقريـر رئيس المحكمة الدستـورية الألمانية Wolfgang Zeidler المقـدم إلى المؤتمر السابع للمحـاكم الدستورية الأوروبية المنعقد فى لشبونة (٢٦ ـ ٣٠ إبريل سنة ١٩٨٧) .

Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1987, p.38.

ويجوز للمحكمة أن تصدر قرارها فى الدعوى ولو تنازل عنها رافعها .

والواضح أن الرقابة المجردة تأتى بحسب الأصل بمبادرة من إحدى الجهات العامة أو إحدى المنظمات الاجتماعية المعينة .

ومن تطبيقات هذا الشكل من الرقابة ، نجد أن المحكمة الدستورية فى النمسا تختص طبقا للمادة ١٣٩/ ١ من الدستور النمساوى بالنظر فى دستورية اللوائح الصادرة من هيئات الأقاليم بناء على طلب الحكومة الاتحادية ، أو فى دستورية لوائح هيئة فيدرالية بناء على طلب حكومة محلية (تتعلق بإقليم معين) . كما تختص المحكمة الدستورية طبقا للمادة ١٤٠/ ١ من الدستور النمساوى بالنظر فى دستورية تشريع إقليمى بناء على طلب الحكومة الفيدرالية ، وبالنظر فى دستورية تشريع فيدرالى بناء على طلب حكومة أحد الأقاليم ، وكذلك أيضا بناء على طلب ثلث أعضاء المجلس الوطنى أو المجلس الفيدرالى[1] .

وفى أسبانيا أجاز الدستور فى المادة ١٦٢/ أ لبعض الجهات التى حددها (رئيس الحكومة أو محامى الشعب "Defensor del pueblo" أو خمسون من أعضاء مجلس الشيوخ ، والأجهزة التنفيذية للمجتمعات المستقلة ، أو جمعيات هذه المجتمعات) رفع الدعوى مباشرة إلى المحكمة الدستورية سعيا وراء رقابة مجردة على دستورية قواعد لها قوة القانون[2] .

وفى البرتغال أجاز الدستور فى المادة ٢٨١/ ٢ لجهات سياسية (رئيس الجمهورية ، ورئيس البرلمان ، ورئيس الوزراء ، والأمبودسمان "le Provedor de Justico" ، والنائب العام ، وعشر أعضاء البرلمان ، والوزراء ، ورؤساء الجمعيات التشريعية الإقليمية إذا ما بنى طلب إعلان عدم الدستورية على مخالفة حقوق الأقاليم المستقلة ، أما إذا بنى طلب إعلان عدم الشرعية على النظام الأساسى أو التشريع العام للجمهورية رفع الدعوى مباشرة أمام المحكمة الدستورية للنظر فى دستورية قاعدة قانونية[3] .

وقد ثار البحث حول ميعاد رفع الدعوى من أجل الرقابة المجردة . ولا شك فى أن الأمن القانونى هو أحد المبادئ الحاكمة فى أى نظام قانونى . وقد أخذت بعض القوانين بمبدأ تحديد ميعاد قصير لرفع هذه الدعوى (٣ شهور طبقا للمادة ٣٣ من قانون المحكمة الدستورية ، ٦٠ يوما طبقا للمادة ١٥١ من الدستور التونسى لسنة ١٩٨٢

---

(١) انظر التقرير النمساوى فى المؤتمر المشار إليه عاليه ، المرجع السابق ص ٦١ .

(٢) انظر التقرير الأسبانى فى المؤتمر المشار إليه عاليه ، المرجع السابق ص ٨٨ .

(٣) انظر التقرير البرتغالى فى المؤتمر المشار إليه عاليه ، المرجع السابق ص ١٩٩ .

المعدل فى سنة ١٩٩٥) وأخذت بعض القوانين الأخرى بمبدأ تحديد ميعاد طويل (٦ شهور فى بلجيكا طبقا للمادة ١٤٢ من الدستور المعدل سنة ١٩٩٤). ومع ذلك فقد اتجهت معظم القوانين إلى عدم تحديد ميعاد لرفع هذه الدعوى(قانون المحكمة الدستورية الألمانية الاتحادية المعدل سنة ١٩٩٣، وقانون المحكمة الدستورية النمساوية، وقانون المحكمة الدستورية البورتغالية وقانون المحكمة الدستورية فى كل من بلغاريا، وكرواتيا، وسلوفانيا، وأستونيا، والمجر، وليتوانيا، وبولندا، والتشيك، وروسيا، وأوكرانيا)[٢].

ولم يأخذ المشرع المصرى بحسب الأصل بهذه الرقابة حيث لا تجوز الدعوى الأصلية سبيلا للطعن بعدم دستورية القواعد الواردة فى النصوص التشريعية[٣].

٥٦ - تقديرها

تتميز الرقابة المجردة بثلاث خصائص؛ فهى رقابة مجردة عن أية قضية محددة معروضة أمام المحاكم العادية، بخلاف الحال فى الرقابة المحددة. وهى رقابة تتم بالدعوى المباشرة أمام المحكمة الدستورية. وهى رقابة موضوعية للدفاع عن المصلحة العامة وليس دفاعا عن المصلحة الشخصية لرافع الدعوى، بخلاف الحال فى الرقابة من خلال الدعوى المباشرة[٢].

وواضح من عرض ماهية الرقابة المجردة أنها تنصب على القاعدة القانونية بعد صدورها ويكون ذلك قبل مدة كافية من تطبيقها العملى. ومن ثم فهى صورة متطورة من الرقابة السابقة التى تنصب على القواعد القانونية بعد إقرارها من البرلمان وقبل صدورها. فالرقابة على الدستورية هى رقابة مجردة لا من حيث عدم ارتباطها بنزاع معين أمام المحاكم العادية فحسب؛ وإنما لأنها قد ترد على القواعد القانونية من خلال نصوصها الصماء قبل أن ترى نور التطبيق العملى بشكل كاف لاستجلاء معانيها وكشف ما قد يعتورها من عيوب.

---

(٢) انظر: Cardoso da costa, Rapport Général, op. cit., p.18.

وانظر: Fernández Rodriguz; Les délais d'intraduction de l'action abstraite en inconstitutionnalité en Europe; Annuaire International de Justice constitutionnalle, 1998, pp. 52-62.

(٣) دستورية عليا فى أول يناير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ١٢ ص ١٢٤؛ ٧ مايو سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٥ قضائية «دستورية» المجموعة السابقة جـ٦ قاعدة رقم ٢٤ ص ٢٧٧.

(٣) Fernández Rodriguez, op. cit., pp. 50-51.

وراجع البندين ٥٧ و٥٩ من هذا المؤلف.

المبحث الثالث
الرقابة المحددة

٥٧ـ ماهيتها

الرقابة المجردة "Concrét" هى التى تكون بمناسبة حالة معينة من حالات تطبيق القاعدة القانونية محل الطعن فى دستوريتها ؛ مرفوع بشأنها دعوى أمام المحاكم العادية .

ومن هنا ، فإن الرقابة المحددة تتحقق من خلال المسألة الفرعية بالدستور التى تثار أمام المحكمة العادية . وفى هذه الحالة توقف المحكمة العادية الدعوى وتحيل المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية أو تكلف الخصم الذى أثار المسألة الدستورية برفع الدعوى الدستورية . ويشترط لقبول الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية إلحاق ضرر فعلى بالفرد من جراء تطبيق القانون غير الدستورى ، وهو ما يسمى بشرط المصلحة فى الدعوى[1]. وفى هذه الحالة تفصل المحكمة الدستورية فى المنازعة الدستورية بالنظر إلى الحالة المحددة المعروضة عليها ، وبالقدر الذى يؤثر فى النزاع المحدد المعروض على القضاء العادى .

وقد أخذت بهذا الشكل من الرقابة الدستورية معظم النظم الدستورية التى أخذت بالرقابة اللاحقة ؛ وخاصة ألمانيا ، والنمسا ، وأسبانيا ، والبرتغال ، وإيطاليا[2].

---

(١) Michel Fromont, op. cit., p.56,89.
Klaus Scherich, op. cit., p.128.

(٢) Lois constitutionnelles Europénnes et droits fondamentaux, Economica, 1987, p.48.

وهناك نظم تأخذ بالرقابة المحددة أيًا كانت طبيعة القاعدة القانونية التى يطعن بعدم دستوريتها (النمسا، وبولندا). وهناك نظم تأخذ بهذه الرقابة إذا كانت القاعدة المطعون عليها تشريعا أو نصا له قوة القانون أو ما أشبه بذلك (ألمانيا، إيطاليا، أسبانيا).

ومن ناحية أخرى، فإن مدى ارتباط القاعدة المطعون عليها بالحالة المعروضة على المحكمة العادية، يخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا ذاتها[١]. وفيما يتعلق بمدى هذا الارتباط، اتجهت بعض النظم (كما هو الحال فى ألمانيا) إلى الاكتفاء عند إحالة المحكمة العادية للمسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية بأن يوجد لديها (شك) مبنى على أساس معين فى دستورية القاعدة المطعون عليها كما هو الحال فى إيطاليا، وأسبانيا، وتركيا، والنمسا[٢]. بينما يشترط فى ألمانيا للإحالة إلى المحكمة الدستورية ألا تكتفى المحكمة العادية بشبهة عدم الدستورية فى القاعدة المطعون عليها، بل يجب أن تقتنع بأن النص الذى يتضمن هذه القاعدة لا يتفق مع الدستور[٣].

ومن حيث المحكمة التى تحيل المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية، اختلفت النظم فى شأنها، فاتجه البعض إلى تخويل ذلك إلى جميع أنواع المحاكم (كما فى ألمانيا، وإيطاليا، وأسبانيا)، بينما اتجهت نظم أخرى إلى عدم السماح بذلك إلا للمحاكم العليا ومحاكم ثانى درجة عندما تكون المسألة الدستورية متعلقة بالتشريع (النمسا مثلا)[٤].

وقد تميزت البرتغال بتنظيم خاص فى هذا الشأن. فجميع المحاكم مختصة بالحكم فى المسألة الدستورية المثارة عند تطبيق القواعد القانونية فى حالة محددة. ولكن يتعين عليها أن تحيل المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية عندما ترفض تطبيق القاعدة القانونية بسبب عدم دستوريتها. ويتعين إحالة الأمر بواسطة النيابة العامة إلى المحكمة الدستورية، إذا ما رفضت المحكمة تطبيق قاعدة منصوص عليها فى اتفاقية دولية أو

(١) Cardoso et Costa, Rapport général, Annuaire, op. cit.,1987.
(٢) Cardoso et Costa, op. cit., p.19.
(٣) Zeidler, op. cit., p.38.
(٤) Cardoso et Costa, op. cit., p.19.
(٥) Almeida, le tribunal constitutionnal portugais, Annuaire International,1987.

تشريع أو لائحة ، أو إذا طبقت قاعدة سبق الحكم بعدم دستوريتها[٥].

٥٨ـ تقديرها

يتميز هذا الشكل من الرقابة الدستورية بالفعالية ، لأنه يقع على قاعدة قانونية جرى تطبيقهـا فتكشفت عيـوبها ومشكلاتها فى ضـوء التطبيق العملى . إلا أن تقييـد سلطـة المحكمة فى نظر عدم الدستـورية بارتباط القاعدة المطعون عليها بنـزاع موضوعى حول تطبيقها أمـام المحاكم العاديـة يقلل من فرص عرض المسـائل الدستوريـة على القضاء الـدستـورى . ولهذا من الأفضل أن يتم الجمـع بين هـذا الشكل من الـرقـابـة وبعض الأشكال الأخرى السابق بيانها .

فسيادة القانون هى رائد الدعـوى الدستورية ، ويجب العمل على تحقيق هذا الهدف بصفة موضوعية وعدم الحد من ذلك .

المبحث الرابـــع
الرقابة بناء على الدعوى المباشرة من الأفراد لحماية الحقوق والحريات

٥٩ـ ماهيتها

بـوجه عـام، تتم الرقـابة لحمايـة الحقوق والحريـات بواسطـة دعوى يبـاشرها أحـد الأشخاص بسبب المسـاس بحقوقه الـدستورية من خـلال تشريع أو لائحة أو بسبب حكم قضائى أو قـرار إدارى . ويشترط أن يكون المدعى قد استنفد جميع الـوسائل أمام القاضى العادى لحماية حقوقه . وهو نظام شبهه البعض بنظام الـ "Habeas corpus" المعروف فى النظام القانونى الأنجلو أمريكى(١) .

وتهدف الدعوى المباشرة من الأفراد بعدم الدستورية إلى تحقيق ثلاثة أهداف(٢):

(١) حماية الحقوق والحريات .

(٢) الرقابة على دستورية القوانين، والتحقق من شرعية أعمال الدولة .

(٣) تعميق قيم الديمقـراطية فى ضمير الشعب من خلال وضع الـرقابة الدستـورية فى متناول أفراد الشعب .

---

(١) انظر: Garlieki et Zakrzewski, op. cit., p.22.

(٢) انظر: M. Verdussen. le Recours des particuliers devant le juge constitutionnel dans une perspective comparative (Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel, Journée d'études du 9 Février 1990, Collection droit public positif, Economica, 1991), p.155.

وتتم الدعـوى الدستورية من الأفـراد مباشرة إلى المحكمة الدسـتورية . إلا أن تناول المسألة الدستورية قد يكـون بالطعن على التشريع نفسه إذا رأى الفرد أن تطبيقه أدى إلى انتهاك حقوقه وحرياتـه الدستورية من خلال حكم قضائى أو عمل إدارى . و الأصل أن يكون تناولها على نحـو غير مباشر من خلال الطعن على المشروعية الدسـتورية لأحد الأعمال الصادرة فى مجال تطبيق القانون المخالف للدستور، سواء كانت أحكاما قضائية أو قـرارات إدارية ، سـواء كـانت عدم المشروعيـة راجعـة لعيب فى تطبيق القانـون رغم مطابقته للدسـتور، مما أدى إلى المساس بحق أو حرية يحميها الـدستور، أو كانت عدم المشروعية راجعة لعيب دستورى فى القانون ذاته .

وقد أخـذت بأسلوب الـدعوى الـدستوريـة المباشرة كل من المحكمـة الدسـتورية النمسـاوية (المادة ١٤٠/ ١ من الـدستور الاتحادى)، والمحكمـة الدسـتورية الألمانيـة (المادة ٩٣/ ١ و٤ أ من الـدسـتور الألمانى)، ومحكمـــة التحكيم البلجيكيـة بمقتضى القانون الصادر فى ٦ يناير سنة ١٩٨٩ . كما أخذت بذلك معظم المحاكم الدستورية فى وسط أوربا والتى أنشئت عقب سقوط الشيوعية[1]، وهى المحكمة الدستورية فى المجر (١٩٨٩)، والمحكمة الـدستوريـة فى سلوفـاكيا (١٩٩٣)، والمحكمـة الدسـتورية فى التشيك (١٩٩٣)، ويوغوسـلافيا السابقة (١٩٩٣)، والمحكمـة الدستورية البـولندية (١٩٩٧) . ولم تأخـذ بهذا الطعن كل من المحكمـة الدسـتوريـة فى بلغاريـا (١٩٩١) ورومانيا (١٩٩٢) .

وقـد أجاز الـدستور الأسبـانى (المادة ١٦١/ ٢) رفع الدعـوى الدسـتورية المبـاشرة بواسطة الفرد (Amparo) أمام المحكمـة الدسـتورية الأسبـانية بسبب مخالفـة الحقوق والحريات المنصوص عليها فى المادة ٥٣/ ٢ من الدستور (وهى الحقوق والحريات العامة المنصـوص عليهـا فى الفصل الأول من الباب الثـانى من الـدسـتور)، ويحق ذلك لكل

---

(١) Marc Verdussen, la justice constitutionnelle en Europe centrale, Essai de senthèse (la justice constitutionnelle en Europe centrale, op. cit., 1997, pp.240 - 243).

(٢) وتختص هذه هيئة محامى طبقا للمادة ٥٤ من الدستور الأسبانى بمراقبة الإدارة. ويعتبر محامى الشعب فى أسبـانيا فى نظر عديـد من المواطنين أفضل دليل على حيـوية الـديمقـراطية الأسبـانية ، وتنحصر مهمتـه الأساسية فى الدفاع عن سيادة الدستور ومصالح الجماعة . انظر:
P.Bon; La justice constitutionnelle en Espagne, Economica, 1984, p.84 - 86, 225, 226.

(٣) انظر: P. Bon; "Espagne, Portugal" تقريـر مقدم إلى نـدوة أقيمت فى أول ديسمبر تحت عنوان الـدفع بعدم الدستورية نظمتها جامعة باريس ١ ،
l'exception d'inconstitionnalité Edition STH, 1990, pp. 45à 67.

شخص طبيعى أو قانونى له مصلحة مشروعة، وكذلك الحال لمحامى الشعب، وللنيابة العامة حق رفع هذه الدعوى[٢]. كما عرفت المحكمة الدستورية البرتغالية ذات الأسلوب، فقد أجازت المادة ٢٨١/ ١ من الدستور البرتغالى للأمبودسمان الطعن أمام المحكمة الدستورية بطريقة مجردة ضد أى قاعدة قانونية مهما كان نوعها[٣]. ويؤدى الأمبودسمان فى البرتغال دورا أكثر أهمية مما يؤديه محامى الشعب فى أسبانيا لأنه وحده ـ دون الأفراد ـ يرفع الطعن مباشرة بعدم الدستورية؛ بخلاف شكل الرقابة المحددة التى تثار من خلال الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء العادى. كما يجوز له الالتجاء إلى المحكمة الدستورية لتفادى امتناع المشرع عن اتخاذ الوسائل التشريعية الضرورية لتنفيذ قواعد الدستور (المادة ٢٨٣/ ١ من الدستور البرتغالى[١]). وبجانب ذلك يجوز للأفراد الطعن أمام المحكمة الدستورية ضد أحكام المحاكم التى ترفض تطبيق قاعدة بسبب عدم دستوريتها، أو تطبيق قاعدة كان يتعين التمسك بعدم دستوريتها أثناء الدعوى (المادة ٢٨٠/ ١)[٢].

وتتحقق الرقابة الدستورية من خلال الدعوى المباشرة من الأفراد ضد أحد الأعمال الصادرة فى مجال تطبيق القانون سواء كانت من الأعمال الإدارية أو القضائية، مثال ذلك أنه يجوز للأفراد الطعن أمام المحكمة الدستورية النمساوية فى المشروعية الدستورية للقرارات الإدارية الصادرة من المحاكم الإدارية المستقلة، بسبب ما أصابها من ضرر نتيجة مخالفة حق يكفله الدستور أو بسبب تطبيق لائحة لا تتفق مع القانون، أو لائحة قانون غير دستورى، أو لمعاهدة دولية لا تتفق مع القانون. ولا يجوز الطعن إلا بعد استنفاد طرق الطعن العادية. (المادة ١٤٤/ ١ من الدستور). كما أجاز الدستور الألمانى (المادة ٩٣/ ٤أ) للفرد الطعن أمام المحكمة الدستورية الألمانية فى المشروعية الدستورية للقرارات الصادرة من السلطة العامة إذا أصابها ضرر بسبب انتهاكها للحقوق الأساسية أو لأحد الحقوق المشار إليها فى المادة ٩٣/ ٤أ. وأجازت المحكمة الدستورية الأسبانية للأفراد الطعن مباشرة أمامها تحت اسم "Amparos" (المادة ١٦١(ب)) لعدم دستورية القرارات الإدارية بسبب انتهاكها للحقوق. وكذلك الشأن

---

(١) P. Bon, la justice constitutionnelle au portugal, Economica, 1989, p.84.

(٢) وقد نصت المادة ٢٨٠/ ٤ من الدستور البرتغالى على أن الطعن فى هذه الحالة الثانية قاصر على الفرد الذى كان يتعين عليه التمسك بعدم الدستورية.

بالنسبـة للمحكمة الدستـورية فى المجر، وفى سلـوفاكيا وفى التشيك . ويـلاحظ أنه فى هذه الحالـة يمتد الطعن إلى عـدم دستوريـة التشريع الذى بنى عليـه القرار الإدارى أو الحكم محل الطعن .

وقد حاولت إيطـاليا الأخذ بهذا النوع من الرقابة سنـة ١٩٨٩ ، وذلك باقتراح إجازة الطعن مباشرة من الأفراد فى التشريعات والقرارات التى لها قوة القانون وأعمال السلطات العامة مهما كانت طبيعتها ، إلا أن هذا الاقتراح لم يؤخذ به حتى الآن .

وجوهر الرقابة الدستورية من خلال الدعوى المباشرة التى يرفعها الأفراد ، أن المدعى ينقل قضيته الموضوعية مباشرة إلى المحكمة الدستورية دون أن يتوسط فى ذلك قرار من المحكمة العادية أو قرار من أية سلطة عامة . ويتميز عن غيره من أشكال الرقابة فى أمرين :

(أولهما) : أن المسألة الدستورية تنحصر فى انتهاك الحقوق والحريات «الأساسية» أى الحقوق والحريات التى يحميها الدستور.

(ثانيهما) : أن الطعن يتم بواسطة أحد الأفراد .

على أن شكل الـرقابـة المباشرة لحمايـة الحقـوق والحريات لم يخضع لتنظيم واحـد فى الدول التى أخذت به . ففى ألمانيا وأسبـانيا والبرتغال يقتصر الطعن بصفة أساسية على الأحكام القضائية ، وخاصة التى تصدر من آخر درجة ، والتى تتضمن مساسا بالحقوق والحريات «الأساسية» . وفى النمسا يقتصر الطعن بصفة أصلية على أعمال الإدارة . وفى بلجيكا ينحصر الطعـن فى التشريعات والمراسيم أو الأوامـر المتعلقة بـالاختصاص ، أو بالحقوق الأساسيـة . وفى سويسرا يقتصر الطعن على أعمال المقاطعات[1] . وفى كل من المجر وسلوفاكيا والتشيك توجه الدعوى إلى كل من الأعمال الإدارية والأحكام القضائية النهائية لمساسها بأحد الحقوق أو الحريات بناء على مخالفة دستورية .

٦٠ ـ ملامح الرقابة بناء على الدعوى المباشرة من الأفراد

ويلاحظ بوجه عام على الدعوى المباشرة ما يلى :

---

(١) Favoeu, Introduction, III colloque International d'Aix - En - Provence, Cours constitu-tionnelles Europeénnes et droits fondamentaux (1981 - 1991), Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1991, p.73.

(٢) Luduig Adamovic, Rapport Autrichien, op. cit., p.104.

١ـ هذه الدعوى لا تؤدى إلى الرقابة المباشرة على دستورية التشريعات، إلا فى بعض الدول (ألمانيا، والنمسا، وبلجيكا، والبرتغال)؛ هذا بخلاف الحال فى الدول الأخرى التى أخذت بهذا الشكل من الرقابة، فإن الطعن يرد مباشرة إما على القرارات الإدارية (النمسا وأسبانيا وألمانيا والمجر وسلوفاكيا والتشيك)(٢). أو الأحكام القضائية (ألمانيا وأسبانيا والمجر وسلوفاكيا والتشيك وبولندا). ومن خلال هذه الدعوى تباشر المحكمة رقابتها غير المباشرة على دستورية التشريعات التى بنيت عليها القرارات الإدارية أو الأحكام القضائية.

٢ـ عندما تكون الدعوى المباشرة موجهة إلى حكم قضائى أو قرار إدارى(١)، يمكن إثارة أن المحكمة قد طبقت قواعد غير دستورية، أو أنها طبقت بطريقة غير دستورية قواعد فسرتها على نحو مخالف للدستور. وهكذا تستخدم هذه الدعوى فى بعض الدول (ألمانيا، أسبانيا، البرتغال، المجر، التشيك، سلوفاكيا، وبولندا) بوصفها إحدى وسائل الرقابة على أحكام القضاء لا مجرد الرقابة الدستورية على التشريع، ضمانا لحماية حقوق الأفراد المتعلقة بالحق فى القاضى الطبيعى، والحق فى المحاكمة العادلة (المنصفة)، حتى قيل بأن الطعن المباشر أصبح بمثابة طعن بالنقض رفيع المستوى (٢).

وتطبيقًا لذلك قضت المحكمة الدستورية الأسبانية بإبطال حكم صدر من محكمة النقض بإدانة متهم خلافًا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وأكدت فى حكمها أنه لا يجوز للقاضى أن يستحدث قواعد للتجريم أو يقضى بعقوبات لم ينص عليها القانون(٣).

٣ـ تستهدف الدعوى المباشرة فى بعض الدول (مثل ألمانيا، والنمسا)، حماية جميع

---

(١) انظر: Dietrich Katzenstein, Rapport Allemand, op. cit., p.93 - 99.
Rubio Llorente, Rapprot Espagnol, op. cit., p.135.
Nune de Almeida, Rapport portugais, op. cit., p.143.

(٢) انظر: Rubio Llorente, Rapport Espagne, op. cit., p.134.

(٣) انظر حكمها الصادر فى ٢٧ يونية سنة ١٩٨٤ بإبطال حكم محكمة النقض الأسبانية الصادر فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٨٣ (Barbero Santos; Le rlole et l'impact du constittutionnalisme, des tribunaux constitutionnels et cours sûpreme sur l'evolution et le developement du systéme de justice criminelle (Les systémes comparés de justice pénele. De la diversité au rapprochement, érés, 1998, p. 284).

(٤) انظر: Ludwig Adamovich, Rapport Autrichien, op. cit., p.104 - 106.

(٥) انظر: Rubio Llorente, Rapport Espagnol, op. cit., p.134.

الحقوق سواء ما نص عليه الدستور صراحة أو ما استخلص ضمنا بطريق غير مباشر(٤)، بينما يستهدف حماية نوع معين من الحقوق فى بعض آخر من الدول، مثل أسبانيا، حيث تتعلق الحماية بالحقوق الواردة فى الفصل الأول من الباب الثانى للقسم الأول من الدستور دون الحقوق الواردة فى الفصل الثانى)(٥).

٤ـ يشترط لقبول الدعوى المباشرة أن يثبت المدعى أنه أصيب بضرر فى أحد حقوقه التى يحميها الدستور (١).

٥ـ يشترط لقبول الدعوى المباشرة الموجهة ضد الأحكام أو القرارات الإدارية أن تكون نهائية وأن تكون قد استنفدت جميع طرق الطعن.

٦١ ـ تقديرها

ثار البحث حول مزايا هذا النظام وعيوبه. فمن حيث المزايا لاشك أن هذا النظام يكفل للأفراد حماية حقوقهم وحرياتهم بطريقة فعالة. وقد قيل بأن هذه الحماية لا تتطب فتح هذا الطريق من الطعن أمام المحكمة الدستورية لأن فوائدها القانونية يمكن تحقيقها بوسائل أخرى. إلا أنه رد على ذلك بأنه من الناحية السياسية والنفسية تبدو أهمية هذه الدعوى لأنها تولد شعورا بوجود إجراءات عليا لضمان احترام الحقوق والحريات(٢).

إلا أن عيوب هذا الإجراءات تمثلت فى كثرة الدعاوى المباشرة الموجهة من الأفراد، مما أدى إلى انشغال المحاكم الدستورية بهذه الطعون حتى أنها زادت بكثير عن الدعاوى الدستورية الأخرى، مما أدى بالمحاكم الدستورية (كما فى ألمانيا وأسبانيا) إلى وضع

---

(١) Dietrich Katzenstein, Rapport Allemand, op. cit., p.98. Rubio Llorente, Rapport Espagen, op. cit., p.134.

Guasch; La mise en cause de la constitutionnalité des lois à travers le recours d'Amparo en Espagne, Annuaire International de Justice constitutionnel, Economica, 1992, p.26 et S.

(٢) Lois Philip, L'accés direct à la protection techniques et resultats, colloque d'Aix - En pro vence 12-13 Jullet et 1991 - Débats Annuaire International de Justice constitutionnelle, 1991, p.167.

(٣) Louis Favoreu, Débats, op. cit., p.166.

إجراءات لتنقية قبول هذه الدعاوى المباشرة[٣]. كما لوحظ أن هذه الدعوى لا توفر رقابة مباشرة على دستورية التشريعات إلا فى عدد محدود من الدول، وأن ما تتيحه من رقابة دستورية يتم بطريق غير مباشر من خلال الطعن على القرارات الإدارية والأحكام القضائية. وقيل بأن شكل الرقابة الدستورية المحددة يوفر هذه الميزة، بل يفضلها لأنه يجعل تنقية السعى نحو هذه الرقابة بيد القاضى العادى عندما يدفع أمامه بعدم الدستورية، فيقدر مدى جدية هذا الدفع قبل إحالة الموضوع إلى المحكمة الدستورية أو الترخيص برفع الدعوى أمامها[١].

وهذا بينما نادى البعض بديمقراطية القضاء الدستورى للسماح للأفراد بالالتجاء إليه، قيل بأن عدم نجاح كثير من الدعاوى المباشرة قد يرجع إلى عدم تأسيسها على حجج مقبولة وليس إلى عدم فائدة الطعن أو عدم فاعليته، وأنه لا يجوز إهدار الفاعلية السياسية لكثير من المبادئ مثل استقلال القضاء بسبب إخضاعها لمقاييس الفاعلية أو النفعية، وأنه لا تقاس فاعلية هذه الرقابة بقدر عدد أحكام عدم الدستورية[٢].

٦٢ - مدى أهمية العنصر الشخصى فى الرقابة الدستورية

عرضنا فيما تقدم لأشكال الرقابة اللاحقة. وواضح من هذا العرض أن كلا من الرقابة التابعة، والرقابة المحددة، والرقابة المباشرة من الأفراد تتطلب ارتباطا معينا بين المسألة الدستورية محل البحث والنزاع الموضوعى حول الحق الذى يطالب به المدعى، وهو ما يوضح العنصر الشخصى فى هذه الأشكال الثلاثة من الرقابة.

ولهذا أطلق وصف الشخصية "Subjectif" على هذه الأشكال من الرقابة. إلا أنه لا يوجد ارتباط حتمى بين هذا الوصف وبين حدود سلطة المحكمة الدستورية، وقبول الدعوى الدستورية أمامها. فقد يكون التنظيم الإجرائى للرقابة الدستورية شخصيا بالنسبة إلى شخص من يقيم الدعوى الدستورية، ومجردا بالنسبة إلى سلطة المحكمة فى

---

(١) Louis Favoreu, Débats, op. cit., p.166.

(٢) Argument de Otto Pfersman, Débats, op. cit., p.170 et 171.

الرقابة الدستورية، كما هو الحال فى ألمانيا ومعظم بلاد أوروبا. ولا يشترط أن تكون هذه الأشكال من الرقابة شخصية فى جميع الأحوال، فقد يكون التنظيم الإجرائى للرقابة الدستورية موضوعيا بالنسبة إلى المسألة الدستورية، كما إذا رأت المحكمة العادية من تلقاء نفسها أن تحيل المسألة الدستورية التى يتوقف عليها الفصل فى الدعوى المطروحة أمامها إلى المحكمة الدستورية. فى هذه الحالة تكون الرقابة موضوعية، لأن المحكمة بقرارها بالإحالة من تلقاء نفسها لا تتوخى غير المصلحة العامة متمثلة فى سيادة القانون. إلا أن سلطة المحكمة الدستورية فى هذه الحالة تكون محددة لأنها لا تستطيع الفصل فى المسألة الدستورية ما لم تتعلق بالنزاع المطروح أمام المحكمة العادية ويسمى النظام المذكور بالنظام المختلط "Mixte"[(١)].

---

(١) انظر:

Michel Fromont, op. cit., p.50.

الفصل الثـــالث
شكل الرقابة الدستورية فى القانون المصرى

٦٣ ـ تمهيد

عرضنا فيما تقدم للنظم الإجرائية للرقابة اللاحقة على دستورية القوانين. وقد أخذ القانون المصرى بالرقابة الدستورية اللاحقة «المحددة». كما عرف الرقابة الدستورية بطريقة غير مباشرة بناء على دعاوى الأفراد، وذلك فى الحالات المنصوص عليها فى المادة ٢٥ أولا ثانيا وثالثا والمادة ٥٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩.

وقد أحالت المادة ١٧٥/ ١ من الدستور إلى المشرع فى تحديد التنظيم الإجرائى للدعوى الدستورية، فنصت على أن تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح . . . « وذلك كله على الوجه المبين فى القانون».

وقد حددت المادتان ٢٧ و ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا التنظيم الإجرائى للرقابة على دستورية القوانين، بطرائق معينة لا تقبل الدعوى الدستورية إلا بولوجها، وهذه الطرائق ليست إلا أوضاعا تتعلق بالنظام العام [١].

وفى ضوء ما تقدم، نعرض التنظيم الإجرائى للرقابة المحددة على الدستورية، ثم نبين مدى الأخذ بالرقابة الدستورية بناء على الدعاوى المباشرة للأفراد.

---

(١) دستورية عليا فى ٧ مايو سنة ١٩٩٤، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٢٤ ص ٢٧٧.

المبحث الأول
التنظيم الإجرائى للرقابة المحددة

٦٤ ـ التنظيم الموضوعى للرقابة

حددته المادتان ٢٧ و٢٩/ أ من قانون المحكمة الدستورية العليا، ويكون فى حالتين :

(أ) تصدى المحكمة الدستورية "L'autosaisine" رخصت المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا للمحكمة فى جميع الحالات أن تقضى بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى .

ويلاحظ فى هذه الحالة أن المحكمة الدستورية العليا إذ تتصدى من تلقاء نفسها لبحث مدى دستورية أى نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، لا تتقيد بارتباط المسألة الدستورية بالنزاع المعروض على محكمة الموضوع مباشرة، وإنما تتقيد فقط بارتباط هذه المسألة بالنزاع المعروض على المحكمة الدستورية ذاتها. وبناء على ذلك فإن المحكمة الدستورية العليا لم تتردد إذا كان فصل النصوص التى (أبطلتها) المحكمة عما سواها متعذرا، وكان ملحوظا عند إقرار المشرع للنصوص جميعها ما بينها من صلة حتمية تجعل ترابطها معًا واتصال أجزائها ببعض، حقيقة قانونية لا مراء فيها؛ وكان متعذرا بعد إبطال المحكمة للنصوص المخالفة للدستور، أن تكفل النصوص المتبقية الوفاء بمقاصد التشريع وغاياته؛ فإن قضاء المحكمة بعدم دستورية النص التشريعى المطعون عليه مؤداه زوال النصوص الأخرى المرتبطة به، باعتبار أنها مترتبة عليها، ولا قوام لها بدونها، ولا يتصور إعمالها فى غيبتها [(١)]. وتباشر المحكمة الدستورية العليا هذا الاختصاص فى مقام تحديد إطار المسألة الدستورية

---

(١) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ١٠ ص ١٠٣ . (وذلك بشأن نص المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٦٥ بشأن المشردين والمشتبه فيهم، والمواد التى رأتها المحكمة الدستورية مرتبطة بها وهى المواد ٦ و ١٣ و ١٥ من =

موضوع البحث ، فيكون لها أن تتطرق إلى أية مسألة أخرى مرتبطة بالمسألة المطروحة عليها ، إذ إن الأصل فى النصوص الدستورية أنها تؤخذ باعتبارها متكاملة ، وأن المعانى التى تتولد عنها يتعين أن تكون مترابطة فيما بينها ، باعتبار أنها تعمل فى إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجا متآلفا متماسكا [1]. وهذا ما استقرت عليه المحكمة الدستورية فى ألمانيا إذ جرى قضاؤها على أن المساس بالحق الدستورى للمدعى يتوفر إذا كان القانون المطعون فيه بأسره لا تقتصر مخالفته على نص دستورى واحد بل امتدت مخالفته إلى سائر أحكام النظام الدستورى [2].

ومما تقدم يتضح أن سلطة المحكمة فى القضاء من تلقاء نفسها عند توافر الارتباط ، تتمثل فيما يلى :

(١) الحكم بعدم الدستورية إذا كان نص القانون أو اللائحة معروضا عليها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ، ويتصل بالنزاع المطروح عليها .

(٢) الحكم بسقوط نص القانون أو اللائحة الذى يرتبط ارتباطا لا يقبل التجزئة بالنص الذى قضت المحكمة بعدم دستوريته ، إذا كون مع هذا النص الأخير وحدة لا تقبل التجزئة . وفى هذه الحالة يكون القضاء بعدم دستورية هذا النص ليس إلا نتيجة حتمية للقضاء بعدم دستورية النص محل الدعوى الدستورية [3].

وتستند هذه الرقابة الموضوعية أيضا إلى سلطة المحكمة فى تحديد نطاق الدعوى الدستورية - على ما جرى به قضاء المحكمة الدستورية العليا ، فهو لا يقتصر على النصوص التى تعلق بها الدفع بعدم الدستورية المثار أمام محكمة الموضوع ، وإنما يتسع

= المرسوم بقانون سالف الذكر. وانظر كذلك دستورية عليا فى ٥ أكتوبر سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد ٤١ فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٩٦ بشأن الفقرة الأولى من المادة ٢٠٨ مكررا (أ) من قانون الإجراءات الجنائية ، والفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٢٠٨ مكررا (أ)، والمادة ٢٠٨ مكررا (ب) من هذا القانون .

(١) الدستورية العليا فى ٤ يناير لسنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية (دستورية)، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩، وانظر كذلك دستورية عليا فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٣١ ص ٤٨ .

(٢) Klaus schlaich, op. cit., p. 128.

(٣) نلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا فى حكمها سالف الإشارة إليه قد استخدمت عبارات لا يعرفها الدستور ولا قانون المحكمة ، وهو إبطال النصوص أو زوالها - بدلا من القول بعدم دستوريتها . والأصح هو استخدام تعبير عدم الدستورية . ويكون الإبطال هو نتيجة الحكم بعدم الدستورية حتى يكون له أثر كاشف يمتد إلى تاريخ ميلاد النص المحكوم بعدم دستوريته (وهو ما يسمى تجاوزا بالأثر الرجعى) .

أيضا إلى كافة النصوص التى أضير الخصم من جراء تطبيقها عليه، متى كان فصل هذه النصوص عن النصوص التى اشتمل الدفع عليها متعذرا.

(ب) **الإحالة من المحاكم**: نصت المادة ٢٩/ أ من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه (إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع، أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية).

ويلاحظ أن هذه الحالة تعبر عن موضوعية التنظيم الإجرائى لاتصال المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية، لأن إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى هى التى تحيل الدعوى إليها[1]. ويجب أن تكون الإحالة إلى المحكمة الدستورية من قبل محكمة الموضوع واضحة لا لبس فيها، فلا يكفى مجرد إيقاف الدعوى الموضوعية إلى حين فصل المحكمة الدستورية فى المسألة الدستورية. كما أن هذا الإيقاف أيضا لا يعتبر تصريحا للخصم برفع الدعوى الدستورية إذا لم يكن الخصم قد دفع بذلك أمام محكمة الموضوع[2]. كما أوجبت المحكمة الدستورية العليا لصحة الإحالة إليها أن يورد قرار الإحالة فى تحديد كافة النصوص التشريعية المطعون عليها بعدم الدستورية ونصوص الدستور المدعى مخالفتها، والأوجه التى تقوم عليها هذه المخالفة، وإلا كانت الإحالة باطلة[3]، وذلك تطبيقا للمادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

ولاشك أن المحكمة فى قرارها بالإحالة تعبر عن المصلحة العامة القائمة على حسن تطبيق القانون، والتى تتوخاها عند الفصل فى النزاع. إلا أن هذا التنظيم الإجرائى يتصف بالجانب الشخصى بطريق غير مباشر، بالنظر إلى الصلة الحتمية التى تقوم بين الدعويين الموضوعية والدستورية فى إطار التنظيم الإجرائى للدعوى الدستورية المحددة فى المسألة التى تدور حولها الخصومة الموضوعية. وقد دفع هذا الجانب الشخصى للتنظيم الإجرائى المذكور المحكمة الدستورية إلى القول بأن شرط المصلحة فى الدعوى

---

(١) مثال ذلك إيطاليا. أما النمسا، فإن الإحالة لا تكون إلا من المحكمة الإدارية والمحكمة العليا للعدالة ومحاكم الاستئناف (المادة ١٤٠/ ١ من الدستور). وفى أسبانيا، فإن حق الإحالة يكون من كل جهاز قضائى (المادة ١٦٣ من الدستور، والمواد من ٣٥ إلى ٣٧ من قانون تنظيم المحكمة الدستورية). وفى بلجيكا تملك أى محكمة الإحالة للمحكمة الدستورية (المادة ١٠٧/ ٢ من الدستور).

(٢) دستورية عليا فى ٤ يونية سنة ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٢٥ ص ٢٩٥.

(٢) دستورية عليا فى ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٣٠ حتى ٢٦٢.

الدستورية مازال قائما فى هذه الحالة ومتطلبا لقبولها، على أساس أن إحالة محكمة الموضوع الدعوى الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا لا يعد فصلا فى شرائط قبولها، وأن تقدير محكمة الموضوع شبهة عدم الدستورية فى النص التشريعى يجب أن تتحراها المحكمة الدستورية العليا لتقرير صحتها أو فسادها [١].

ونرى أنه مراعاة للطابع الموضوعى لاتصال المحكمة الدستورية العليا بالدعوى الدستورية من خلال قرار محكمة الموضوع بالإحالة إليها، تقديرا لما يستوجبه حسن تطبيق القانون؛ ألا يندرج تمحيص مدى صحة هذه الإحالة تحت إطار مسمى المصلحة الشخصية، لأن هذا الشرط يتعلق برافع الدعوى الدستورية، بوصفه ـ أحد خصوم الدعوى الموضوعية. وطالما كانت المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى هى التى أقامت الدعوى، فلا مجال للحديث عن المصلحة الشخصية. وإنما يكون البحث فى إطار مدى صحة قرار المحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى برفع الدعوى الدستورية، وهو أمر لا يتوقف فقط على ارتباط المسألة الدستورية بالمسألة الكلية أو الفرعية التى تدور حولها الخصومة القضائية، بل يتوقف أيضا على قوة الشبهة الدستورية على مخالفة النص التشريعى المطعون عليه للدستور، وهى شبهة تخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا [٢]. ولهذا، فإن المحكمة الدستورية تمسكت باختصاصها فى مباشرة الرقابة الدستورية بمجرد اتصال الخصومة الدستورية بها من خلال رفعها وفقا للأوضاع المنصوص عليها فى قانونها، ولم تسمح لمحكمة الموضوع أن تعدل عن تقديرها السابق لجدية الدفع بعدم الدستورية، واعتبرت ذلك تسليطا لقضاء أدنى على قضاء أعلى وتعطيلا لحق اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسائل الدستورية التى اختصها الدستور بها [٣]، ولهذا قيل بأن المحكمة الدستورية وحدها تملك سلطة الرقابة الدستورية، إلا أن قاضى الموضوع يلعب دورا لا يمكن إنكاره فى إجراءات الدعوى الدستورية [٤].

---

(١) دستورية عليا فى ٧ مايو سنة ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦، قاعدة رقم ٢٤ ص ٢٧٧.

(٢) دستورية عليا فى ٧ مايو سنة ١٩٩٤ المشار إليه عاليه.

(٣) دستورية عليا فى ٦ إبريل سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٣٣ ص ٥٥١.
ولكننا لا نرى موجبا للقول بأن المحكمة الدستورية قضاء أعلى من القضاء العادى، فلكل من القضاءين ولايته، فالمحكمة الدستورية هى قاضى الدستور، والمحكمة العادية هى قاضى التشريع.

(٤) Nathalie Berard - Maugiron, La Haute Cour Constitutionnelle Egyptienne et la protection des droits fondamentaux, thése de doctorat, le 15 juillet 1999 - Univesité Nanterre (Paris X), p. 63.

٦٥ - التنظيم الشخصي للرقابة

وقد حددته المادة ٢٩ (ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا التى نصت على أنه (إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادًا لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن).

وواضح مما تقدم أن رافع الدعوى الدستورية هو أحد الخصوم فى الدعوى الموضوعية، بناء على ما ارتأته المحكمة من جدية الدفع بعدم الدستورية، والترخيص له برفع الدعوى فى خلال ثلاثة أشهر من قرارها. وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى مراقبة المحكمة فى تقديرها لجدية الدفع بعدم الدستورية، فقضت بأنه إذا كان الدفع أمام المحكمة بعدم الدستورية لم يتضمن تحديدا كافيا للنصوص المطعون عليها؛ فإن التصريح لمن أثاره برفع الدعوى الدستورية يكون قد ورد على غير محل[(١)].

ويستوى فى الدفع المثار أمام إحدى المحاكم بعدم الدستورية، أن يكون قد أبدى أمام إحدى محاكم الموضوع، أو محكمة النقض. وفى هذا الشأن قالت المحكمة الدستورية العليا بأن طبيعة الرقابة التى تباشرها محكمة النقض على محكمة الموضوع، لا تحول بذاتها دون إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها، بل إن إجالتها لبصرها فى هذا الدفع، يعكس جوهر رقابتها القانونية، ويعتبر أوثق اتصالا بها، ذلك أن تقرير ما إذا كان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته يعد لازما أو غير لازم للفصل فى الحقوق المدعى بها، وكذلك ما إذا كان التعارض الذى يثيره الدفع بين هذا النص وحكم الدستور، يعد - من وجهة مبدئية - مفتقرًا إلى ما يظاهره أو مرتكنا إلى ما يبرره، كلاهما من مسائل القانون التى يدخل الفصل فيها فى ولاية محكمة النقض التى عهد إليها المشرع بمراقبة صحة تطبيقه على الوقائع التى خلص إليها الحكم المطعون فيه[(٢)].

وكانت محكمة النقض قد اتجهت فى بادئ الأمر إلى أن الدفع بعدم دستورية نص

---

(١) دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى)، القاعدة رقم ١٧ ص ٢١٢.

(٢) دستورية عليا فى ١٩ يونية سنة ١٩٩٣، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٢٩ ص ٣٤٣.

قانونى هو دفع لا يجوز إثارته أمامها لأول مرة، إلا أن هذه المحكمة أجازت ذلك فى أحكامها واستقر قضاؤها على وقف نظر الطعن حتى يفصل فى المسألة الدستورية ولو دفع بها لأول مرة أمام محكمة النقض[1].

وتلتزم المحكمة بألا تصرح للخصم برفع الدعوى الدستورية ما لم يكن قد دفع بذلك أمامها؛ فإن صرحت له المحكمة بذلك دون دفع سابق كانت الدعوى الدستورية غير مقبوله[2].

وقد أوجبت المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية أن تتضمن صحيفة الدعوى المرفوعة إلى المحكمة الدستورية العليا بيان النص التشريعى المطعون بعدم دستوريته والنص الدستورى المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة، ورتبت المحكمة على إغفال هذا البيان عدم قبول الدعوى الدستورية [3]. ويشترط أن تقتصر صحيفة الدعوى الدستورية على الطعن بعدم دستورية المواد التى شملها تصريح محكمة الموضوع، وإلا اعتبر الطاعن متجاوزا النطاق الذى تتحدد به المسألة الدستورية التى تدعى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها[4].

وقد أوجبت المادة ٢٩ (ب) من قانون المحكمة الدستورية العليا رفع الدعوى الدستورية فى خلال ميعاد ثلاثة شهور يبدأ من اليوم التالى لقرار المحكمة بالتصريح برفعها، وهو ميعاد حتمى يؤدى عدم مراعاته إلى عدم قبول الدعوى الدستورية [5]. ولم تقبل المحكمة الدستورية العليا المرض كعذر قهرى يبرر التجاوز عن هذا الميعاد

---

(١) انظر دستورية عليا فى ١٩ يونية سنة ١٩٩٣ السالف الإشارة إليه، و ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٣ لسنة ١٤ قضائية «دستورية»، ونقض ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٩٦ الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٦٢ قضائية.

(٢) دستورية عليا فى ٥ أكتوبر سنة ١٩٩١، أول فبراير سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول)، القواعد رقم ٦ و ١٧ و ٢٠ ص ٢٦ و ١٢٢ و ١٥٨ على التوالى.

(٣) مثال ذلك، دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ١٦ ص ١١٩، ٥ سبتمبر سنة ١٩٩٢، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٣ ص ٣١، ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ المجموعة السابقة، جـ ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٩ ص ٩٠.

(٤) دستورية عليا فى أول أغسطس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٢١٩ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٥) دستورية عليا فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٩١، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٨ ص ٣١. ويجب مراعاة هذا الموعد مضافا إليه ميعاد المسافة بحيث يتكون من مجموعهما ميعاد واحد هو الذى يتعين التزامه (دستورية عليا فى أول أغسطس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٢٧ سنة ٢٠ قضائية «دستورية».

بحسبان أن التوكيل بالخصومة مع افتراض قيام هذا المرض، وبالنظر إلى طبيعته، ليس مستحيلا أو متعذرا. ولا يصح التراخي فى رفع الدعوى الدستورية فى الميعاد تأجيل محكمة الموضوع الدعوى مجددا إلى جهة أخرى حتى تقام الدعوى الدستورية لأن ذلك يتمحض ميعادا جديدا لا يعتد به(١).

وقد استبعد المشرع المصرى ـ بحسب الأصل ـ الطعون المباشرة من الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية من خلال الدعوى الأصلية (٢). واضعًا فى اعتباره عند الأخذ بالنظام الحالى ضرورة تحقيق هدف نفعى من وراء الدعوى الدستورية، وهو تجنب تطبيق القاعدة القانونية التى تحول دون الوصول إلى حقه المتنازع عليه، بسبب مخالفة هذه القاعدة للدستور. وهو ما يعبر عنه بشرط المصلحة الشخصية.

٦٦ـ المصلحة الشخصية كمناط لقبول الدعوى الدستورية

مراعاة للطابع الشخصى فى هذا التنظيم الإجرائى، اشترطت المحكمة الدستورية لقبول الدعوى الدستورية توفر مصلحة شخصية لرافعها، على أساس أن هذا الشرط يبلور نطاق المسألة الدستورية التى تدعى المحكمة للفصل فيها (٣) . فهذا الشرط يستلزم أبدًا أن يكون الحكم الصادر فى المسألة الدستورية مدخلا للفصل فى مسألة كلية أو فرعية تدور حولها الخصومة فى الدعوى الموضوعية (٤).

ويتحدد شرط المصلحة الشخصية بالنظر إلى معيار محدد هو ارتباط المسألة الدستوري بطلبات الخصم أمام المحكمة العادية، وهو ما يسمى فى إيطاليا "Rilevant" (٥). وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا بأن يكون الفصل فى المسألة مؤثرا على النزاع الموضوعى.

---

(١) دستورية عليا فى أول أغسطس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٠٢ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا فى ٧ مايو سنة ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦، قاعدة رقم ٢٣ ص ٢٦١.

(٣) دستورية عليا فى ٧ نوفمبر ١٩٩٢ فى القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية العدد ٤٩ فى ديسمبر ١٩٩٢.

(٤) دستورية عليا فى أول يناير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٤ لسنة ١٥ قضائية (دستورية). الدستورية العليا فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٧٩ لسنة ١٨ قضائية (دستورية). الدستورية العليا فى ١٨ ديسمبر ١٩٩٧ فى القضية رقم ٨٦ لسنة ١٨ قضائية دستورية.

(٥) Roaln Ricci, le procés constitutionnal en Italie, Economica, 1996, pp.51 - 53.

وعلى هـذا النحو جرى قضاء المحكمـة الدستـوريـة العليا بـالمصلحة الشخصيـة المباشرة كشرط لقبـول الدعـوى الدستوريـة ، أن مناط هـذه المصلحة فى أن يكـون ثمة ارتباط بين المسألة الدستورية وبين المصلحة القـائمة فى الدعوى الموضوعية ، وذلك بأن يكون الحكم فى المسألة الـدستورية لازما للفصل فى الطلبات المرتبطة بها المطـروحة أمام محكمة الموضوع[1]. وإيضاحـا لذلك أكدت المحكمة الـدستورية العليا هـذا المبدأ فى قولها بأن شرط المصلحة الشخصيـة المباشرة يعتبر متصلا بالحق فى الـدعوى ، وهو حق يقـوم مستقـلا عن الحق الـذى تقـام الدعـوى لطلب اقتضـائه ، وأنـه لا يكفى لقيـام المصلحة الشخصية المباشرة التى تعتبر شرطا لقبول الـدعوى الدستورية أن يكون النص التشريعى المطعـون عليـه مخالفـا فى ذاته للـدستـور ، بل يتعين أن يكـون هـذا النص ـ بتطبيقـــه على المدعـى ـ قـد أخل بأحـد الحقـوق التى كفلهـا على نحو ألحق بـه ضررا مباشرا . ومؤدى ذلك أن المصلحة الشخصية المباشرة كشرط لقبـول الدعوى الدستورية تتطلب توافر عنصرين ، أولهما : أن يقيم المدعى الدليل على أن ضررا واقعيا قد لحق به ، ويتعين أن يكون هذا الضرر مبـاشرا ومستقلا بعناصره ممكنا إدراكه ومواجهتـه بالترضية القضائية ، وليـس ضررا متوهما أو مجهلا ، وثانيهما : أن يكون مـرد هذا الضرر إلى النص التشريعى المطعون عليه ، بما مؤداه قيام علاقة سببية بينهما تحتم أن يكون مرد هذا الضرر إلى النص التشريعى المطعـون عليه[2] ، وليس ضررا متـوهما أو منتحـلا أو مجهـلا[3] . وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستوريـة العليا بأنه إذا ألغى النص المطعون عليه بأثر رجعى لم تعد ثمة آثار قـانونية قائمة يمكن أن يكون هذا النص رتبهـا خلال فترة نفاذها بعد أن تم إلغاؤه بأثر رجعى ، لغدو المصلحة ـ بذلك ـ فى الطعن عليه منتفية[4] .

وتطبيقا لـذلك ، قضى بأن شرط المصلحة الشخصية لا يتحقق إذا كان الطـاعن قد أفـاد من مزايـا النص المطعون عليـه بعدم الـدستوريـة أو كانت الأضرار التى رتبهـا لا

---

(١) دستورية عليا فى ٦ فبراير ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٤ قضائية «منـازعة تنفيذ» ، الجريدة الرسمية ، العدد ٧ فى ١٨ فبراير ١٩٩٣ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ ، قاعدة رقم ٨ ص ٤٧٥ .

(٢) دستورية عليا فى ٢ مايو ١٩٩٩ فى القضية رقم ٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» .

(٣) دستورية عليا فى أول أغسطس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٢١٩ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» .

(٤) دستورية عليـا فى أول أغسطس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٩٨ لسنة ١٨ قضائية «دستـورية» ، وكان ذلك بصدد الفقـرة الرابعة من المادة ٣ من قـانون الضريبة العـامة على المبيعات الصـادر بالقانـون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ دون غيرها ، والتى ألغيـت منذ تأريخ العمل بـالقانون رقـم ٢ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعـض أحكام قانون الضريبة العامة على المبيعات ناصًا فى المادة ١٢ منه على إلغاء الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٣ من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ .

تتصل بالمصالح التى يدعيها اتصالا شخصيا مباشرا[(١)] . وأكدت المحكمة الدستورية أن شرط المصلحة الشخصية يبلور نطاق المسألة الدستورية التى تدعى هذه المحكمة للفصل فيها ، ومؤكدا ضرورة أن تكون المنفعة التى يقرها القانون هى محصلتها النهائية ، ومنفصلا دوما عن مطابقة النص التشريعى المطعون عليه للدستور أو مخالفته لأحكامه . وفى ضوء ذلك رفضت المحكمة الدستورية القول بأن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يجرد الحقوق التى كفلها الدستور من ضماناتها ممثلة فى ملاحقة كل مواطن للنصوص التشريعية المخالفة للدستور[(٢)].

وقضت المحكمة الدستورية العليا بانتفاء شرط المصلحة إذا انصب الطعن بعدم الدستورية على نص تشريعى ألغى بأثر رجعى ، وبالتالى زال كل ما كان له من أثر قانونى منذ صدوره ، ذلك أن إبطال النص التشريعى لن يحقق للمدعى أية فائدة عملية يمكن أن يتغير بها مركزه القانونى بعد الفصل فى الدعوى الدستورية عما كان عليه من قبل[(٣)].

وقد استندت المحكمة الدستورية العليا إلى شرط المصلحة لعدم قبول التدخل الانضمامى فى الدعوى الموضوعية ، على أساس أن مركزه القانونى لن يتغير بعد الفصل فى الدعوى الدستورية عما كان عليه عند رفعها[(٤)].

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن المصلحة الشخصية المباشرة شرط ابتداء واستمرار وقبول الدعوى الدستورية . وقد حدث أن بعض المدعين قد ركنوا فى دعواهم الدستورية إلى أن مصلحتهم فى قبول دعواهم مصلحة دستورية وقانونية وأن عدم قبول

---

(١) دستورية عليا فى ١٤ أغسطس ١٩٩٤ فى القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية - الجريدة الرسمية العدد ٣٥ فى الأول من سبتمبر ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ ، قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٣١ . وانظر دستورية عليا فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا فى ٦ فبراير ١٩٩٣ السالف الإشارة إليه ، والدستورية العليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٥ لسنة ٦ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ، قاعدة رقم ١٧ ص ١٢٢ .

(٣) دستورية عليا فى إبريل سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٥ فى ١٥ إبريل سنة ١٩٩٩ . وكان الطعن ينصب على الفقرتين ٣ ، ٤ من المادة ٣ من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ ، وقد ألغيت بأثر رجعى بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ . ويلاحظ أن المحكمة الدستورية قضت فى هذه الدعوى باعتبار الخصومة منتهية ، وكان يتعين الحكم بعدم قبول الدعوى .

(٢) دستورية عليا ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ ، قاعدة رقم ٢٣ ص ٢٦١ .

دعواهم بنـاء على انتفاء شرط المصلحة مـؤداه بقاء النص التشريعى المطعون عليـه قائما مقيدا المواطنين فى جميع معـاملاتهم ومهـددا كذلك حق الدفـاع بالإضـافة إلى الحق فى التقاضى رغم ثبوت توافر مصلحة المدعين الحالية والمستقبلة فى إبطال هذا النص كى لا يظل سيفا مسلطا على رقاب المدعين وغير المدعين مـن المواطنين الملتزمين بتأكيد سيادة الدستور وتـأمينه واحترامه وحمايته . إلا أن المحكمة الـدستورية العليا رفضـت الدعوى متمسكة بما سبق أن أوردتـه فى قضائهـا من أن عينية الـدعوى الدستـورية لا يـلازمها بالضرورة اعتبار شرط المصلحـة الشخصية المباشرة منفكا عنها، بل هـو مناط قبولها ولا يكفى أن يتوفـر عند رفضهـا ، بل يتعين أن يظل قائما إلى حين الفصل فيهـا ، وأضافت المحكمة فى حكمها أنه متى غدت مصلحـة المدعين مصلحة نظرية تعين الحكم بعدم قبول الـدعوى [1]. وبهذا المعنى أكـدت المحكمـة الـدستـوريـة العليـا أن المصلحـة الشخصية المباشرة إنما هى شرط ابتداء واستمرار لقبول الدعوى الدستورية [2].

---

(١) دستورية عليـا فى ٦ فبراير ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٤ قضـائية ـ الجريدة الـرسمية العدد ٧، فى ١٨ فبراير لسنـة ١٩٩٣ ، مجموعة أحكام الـدستورية العليا جـ٦ ، قاعدة رقم ٨ ص ٤٧٥ ، ٣ أكتوبـر سنة ١٩٩٨ ، القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية، تنفيذ «منازعة» دستورية .

(٢) انظر، دستورية عليـا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩ قضـائية «دستورية»، حيث كان النـزاع الموضوعـى مرفوعـا أمام محكمـة القضاء الإدارى بمجلس الـدولة طعنـا فى قرار لجنـة التأديب والتظلمات بهيئة قضايا الدولة ، ولما رفع الأمر إلى المحكمة الـدستورية العليا طعنا فى دستورية المادة٢٥ من قانون هيئة قضايا الدولة ، قالت المحكمة فى حكمها إن قرار هذه اللجنة يعتبر حكما على درجة واحدة، ثم قضت بعد ذلك بعدم دستورية نص المادتين ٢٥ و ٢٦ من قانون هيئة قضايا الدولة تأسيسا على عدم حياد رئيس اللجنة باعتبـار أنه هو الذى طلب إحـالة الطاعن إلى لجنة التأديب ، وذلك على الـرغم من أن قولها باعتبار قرار لجنة التأديب حكما سوف يؤدى فى صحيح القانون إلى عدم اختصاص محكمة القضاء الإدارى التى لا تختص إلا بالطعـون فى القرارات الإدارية . ومع ذلك؛ فإن وجه المصلحـة فى الدعوى الدستـورية بقى قائما، على أساس أنه يكفى لتوافر هذه المصلحة أن تكون النصوص المطعون عليها قد حالت دون حماية الحقوق الدستورية لرافع الدعوى، وهو ما تبينته المحكمة الدستورية العليا فى هذه الدعوى، أما ما يترتب على اعتبار قرار اللجنة حكما قضائيا من عدم اختصـاص مجلس الدولة ، فهى مسألة يبحثها مجلس الدولة استقلالا طبقا للقانون. ولا يعتبر هذا التطبيق مسألة دستورية حتى تحسمها المحكمة الدستورية من تلقاء نفسها وترتب عليها انعدام المصلحة . وليس للمحكمة الدستورية أن تمارس سلطة مجلس الدولة فى الحكم أو أن تفترض ما يجب أن يقضى به لأنـه يتعلق بقانون مجلس الدولة ولا يتعلق بالـدستور، فذلك يخرج عن اختصاص المحكمة الدستورية العليا التى تنحصر ولايتها فى تطبيق الدستور. هذا بخلاف الحال فى قضية أخرى رأت فيهـا المحكمة الـدستوريـة العليا أن نص القانـون المعروض عليهـا ألغى ضمنا بقـانون أصلح للمتهم ممـا يؤدى إلى انعـدام مصلحـة المتهم فى الطعن بعـدم دستوريتـه . ففى هـذه القضية اعتبر قضـاء المحكمة بأن القانون الجديد أصلح للمتهم فصلا فى مسألة دستورية طبقا للمادة ٦٦ من الدستور، يجيز لها أن ترتب عليه ما يتعين على محكمة الموضوع القضاء به مما ينفى شرط المصلحة . (دستورية عليا فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «منازعة تنفيذ» دستورية . انظر فيما بعد بند ١٠٦ .

وذهبت المحكمة الـدستورية العليـا إلى انتفاء شرط المصلحة الشخصيـة المباشرة فى الدعوى المقـامة من إحدى الشركات للحكم بعـدم دستورية نص البند ثـالثا من المادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنـة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية ورسوم التـوثيق، إذا كان الأمر الصادر بتقدير الرسوم قد صـدر استنادا إلى حكم محكمة استئناف القاهرة الذى قضت محكمـة النقض بنقضـه، بما يترتب على ذلك من زواله وإلغـاء جميع الأحكـام والأعمال الـلاحقة لـه والتى كان الحكم المنقـوض أساسـا لها ومن بين ذلك أمر التقـدير سـالف الذكـر، وبأنه بافتراض صـدور حكم ضد الشركـة المدعية فى الاستئناف الـذى لا يزال متداولا فسـوف تصدر استنادا إلى ذلك الحكم أوامـر تقدير جديـدة للرسوم القضـائية المستحقة، وأن مؤدى ذلك كله أن الدعوى الماثلة بنقض الحكم الاستئنافى الصادربناء عليه أمر تقدير الرسوم، قد غدت مفتقدة لشرط المصلحة الشخصية المباشرة[1].

وقد أكدت المحكمة الدستوريـة العليا من أن المشرع وقد نظم فى المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستوريـة العليا الدعاوى التى تعرض على هذه المحكمـة من خلال محكمة الموضوع، فإنـه يتعين أن يكون الحكم الصادر فى الـدعوى الدستوريـة لازما للفصل فى مسألـة كلية أو فـرعية تدور حـولها الخصومـة بأكملهـا ـ أو فى شق منهـا ـ فى الـدعوى الموضـوعيـة، فإذا لم يكن لـه بها من صلـة، كـانت الـدعـوى الـدستـوريـة غير مقبولة[2]. ولهذا فإن تحديـد المسألـة الدستـوريـة لا يتـوقف على ما يـرجى تحقيقـه من أغراض سياسيـة أو أكاديمية أو أيديولـوجية أو الدفاع عن قيم مثاليـة يرجى تثبيتها أو كنوع من التعبير فى الفراغ عن وجهة نظر شخصية أو لتـوكيد مبدأ سيادة القانون بصورة مجردة فى شأن مسألة لم يترتب عليها ضرر بالطاعن ولو كانت محل اهتمام عام [3].

وقـد عبرت عن ذلك المحكمـة الدستـوريـة العليـا فى قولها بأن لكل مـواطن صفـة مفترضة فى اختصام النصوص التشريعية المدعى مخالفتهـا للدستور، ومصلحة مفترضة

---

(١) دستورية عليا فى ٢ مايو سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا فى ٦ فبراير ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٤ قضائية سالفة البيان. والدستورية العليا فى ٧ مايو ١٩٩٤ فى القضية رقم ١ لسنة ١٥ قضائية (دستورية)، والجريدة الرسمية العدد ٢٢ فى ٢ يونيو ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦، قاعدة رقم ٢٤ ص ٢٧٧.

(٣) دستورية عليا فى أول يناير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٣ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية العـدد ٣ (تابع) فى ٢٠ ينـاير سنـة ١٩٩٤، مجموعـة أحكام الـدستوريـة العليا جــ٦، قاعـدة رقم ١٢ ص١٢٤.

فى إهدارها ، وهو انتقال بالرقابة القضائية على الدستورية إلى مرحلة لم يبلغها بعد التطور الراهن لقانون المحكمة الدستورية العليا [١].

ومتى توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة فى الدعوى أمكن للمحكمة الدستورية العليا أن تبلور المسألة الدستورية مناط البحث وهى بما لها من هيمنة على الدعوى تعطيها وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح بعد تقصيها لطلبات الخصوم فيها واستظهارها لمراميها وأبعادها [٢]. وبناء على ذلك تتطلب ممارسة سلطة المحكمة عند تحديد المسألة الدستورية الاستيثاق ابتداء من الأوضاع الشكلية للنصوص التشريعية قبل الخوض فى عيوبها الموضوعية [٣].

٦٧ ـ اتصال المحكمة الدستورية بالدعوى

يتوقف قبول الدعوى الدستورية ، بجانب شرط المصلحة الشخصية على شرط آخر مهم هو ألا تكون المخالفة الدستورية المدعاة ظاهرة البطلان ، وهذا الشرط يتعلق بجدية تقدير المحكمة العادية فى هذا الشأن عند إحالة الدعوى الدستورية من تلقاء نفسها أو عند الترخيص برفعها ، وهو ما تستقل بتقديره المحكمة الدستورية العليا دون التزام بوجهة نظر المحكمة العادية فى هذا الشأن [٤]. وكل ما يشترط فى ذلك أن يكون عيب عدم الدستورية واضح البطلان دون حاجة إلى تمحيص ولا شبهة فيه . وهو ما يسمى فى إيطاليا "Non Manifesta Infondatezza" [٥].

---

(١) دستورية عليا فى ٧ مايو سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد ٢٢ فى ٢ يونية لسنة ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ رقم ٢٤ ص ٢٧٧

(٢) دستورية عليا فى ٦ فبراير ١٩٩٣ فى الدعوى رقم ٣ لسنة ١١ قضائية (تنازع) ، و ٢٠ مارس ١٩٩٣ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية « منازعة» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى) ، قاعدة رقم ٧ ص ٤٦٧ .

(٣) الدستورية العليا فى ٧ نوفمبر لسنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٣٩ لسنة ٩ قضائية (دستورية) بالجريدة الرسمية فى العدد ٤٩ فى ٣ ديسمبر ١٩٩٢ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا ، جـ ٥ (المجلد الثانى) ، قاعدة رقم ٥ ص ٤٧ .

(٤) دستورية عليا فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٨ ، القضية رقم ٣٧ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» . وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا فى هذا الحكم أنه ليس من بين المهام التى اختص المشرع بها محكمة الموضوع الفصل فى توافر شرط المصلحة ومناطها أن يكون الفصل فى المسألة الدستورية لازما للفصل فى الطلب الموضوعى المرتبط بها ، وأن تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية المبنية على توافر شبهة قوية على مخالفة النص التشريعى المطعون عليه ، يخضع لرقابة المحكمة الدستورية التى يتعين أن تتحرى هذه الشبهة لتقرير صحتها أو فسادها .

(٥) Roland Ricci, op. cit., pp..53 - 56.

ومتى اتصلت المحكمة الدستورية بالدعوى الدستورية سواء من خلال التنظيم الموضوعى لرفعها أو التنظيم الشخصى لهذا الإجراء، دخلت الدعوى الدستورية فى حوزتها لتهيمن عليها وحدها . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمحكمة أو الهيئة ذات الاختصاص القضائى أن تنقض قرارها الصادر بإحالة مسألة دستورية إليها، أو أن تنحى الدفع الفرعى المثار أمامها بعد تقديرها لجديته، بل يجب عليها أن تتربص قضاء المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى الدستورية باعتباره فاصلا فى موضوعها ، كاشفا عن دستورية النصوص المطعون عليها أو عدم دستوريتها [1]. كل هذا ما لم يتنازل الخصم الذى رفع الدعوى الدستورية عن حقه فيها ، أو تخلى عن الدفع بعدم الدستورية الذى كان قد أبداه أمام محكمة الموضوع، أو إذا نحت محكمة الموضوع الدفع بعدم الدستورية إعمالا لقضاء صادر من المحكمة الدستورية بدستورية أو بعدم دستورية النص التشريعى المطعون عليه أمامها [2].

وإذا تعجل الطاعن فبادر برفع الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا بناء على مجرد تقديمه لمحكمة الموضوع طالبا التصريح له برفع هذه الدعوى دون انتظار تقدير محكمة الموضوع جدية الدفع بعدم الدستورية والتصريح له بناء على ذلك برفعها، فإن الدعوى الدستورية لا تكون قد اتصلت بالمحكمة الدستورية العليا وفقا للأوضاع المنصوص عليها فى قانونها [3].

---

(١) دستورية عليا فى ٥ مارس سنة ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ ، قاعدة رقم ١٩ ص ١٩٨.

(٢) دستورية عليا فى ٥ مارس سنة ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦، قاعدة رقم ٢٠ ص ٢١٣.

(٣) دستورية عليا فى ٣ إبريل سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٩٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١٥ فى ١٥ إبريل سنة ١٩٩٩.

المبحث الثـــانى
نطاق الرقابة الدستورية من خلال دعاوى الأفراد

٦٨ـ أحوالهـــا

إنه وإن كان الأصل أن الدستور لم يسمح للأفراد برفع الدعوى المباشرة أمام المحكمة الدستورية العليا بالطعن بعدم دستوريـة التشريع أو اللائحة، إلا أنه أجاز للأفراد رفع دعوى مباشرة إلى المحكمة الدستورية فى أحوال معينة يمكن من خلالها إثارة الرقابة على دستورية القوانين بطريق غير مباشر إذا كان الفصل فى المسألة الدستورية لازمًا للحكم فى الدعـوى المباشرة فى هذه الأحوال. ويتضح ذلـك من مجموع المواد ٢٥ (ثانيا وثـالثا) و٢٧ و ٣١ و ٣٢ و ٥٠ من قانون المحكمة الدستوريـة العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩. فبناء عليها يمكن تحقيق الـرقابة الدستورية من خـلال الدعوى المباشرة بواسطة الأفراد فى حالات محددة تتمثل فيما يلى:

(١) طلب الفصل فى تنازع الاختصاص بتعيين الجهـة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى، وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمـام جهتين منها ولم تتخل إحـداهما عن نظرهـا أو تخلت كلتاهما عنهـا (المادة ٢٥ ثانيا).

(٢) طلب الفصل فى النـزاع الذى يقـوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متنـاقضين صادر أحدهما من أية جهـة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصـاص قضائى، والآخر من جهة أخرى منها (المادة ٢٥ ثالثا).

(٣) جميع الطلبات بشأن المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا.

وعندما تباشر المحكمة الدستوريـة اختصاصها المبين فى الحالات السابقة، فإنه يجوز طبقا للمادة ٢٧ من قانونها أن تقضى بعدم دستـورية أى نص فى قانون أو لائحة يعرض لها بمنـاسبة ممـارسة اختصـاصاتها ويتصل بـالنـزاع المطروح عليهـا، وذلك بعد اتبـاع الإجراءات المقررة لتحضير الدعوى.

ونرى التوسع فى الدعوى المباشرة للأفراد من خلال إجازة فتح طريق إعادة النظر فى القرارات الإدارية النهائية، وفى الأحكام الباتة سواء صدرت من القضاء العام أو القضاء الإدارى؛ وذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، إذا بنى طلب إعادة النظر على استناد القرار الإدارى الحكم المطعون فيه على نص غير دستورى. وللحد من هذا الطريق يكون رفع الدعوى المباشرة بعد دفع كفالة معينة، على أن تتولى دائرة من ثلاثة مستشارين بالمحكمة الدستورية العليا فحص هذه الطعون قبل إحالتها إلى المحكمة، ولها أن تقضى بعدم قبولها لانعدام الجدية، مع مصادرة الكفالة. وعلى هذا النحو، تتحقق الرقابة الدستورية على النصوص التشريعية بطريق غير مباشر من خلال دعاوى الأفراد. ويمكن فتح هذا الطريق أيضا للنائب العام بوصفه ممثلا للمجتمع، وخاصة أنه يملك وفقا لقانون المرافعات الطعن لمصلحة القانون. على هذا النحو تتأكد سيادة القانون والتى لا تتأكد إلا بسيادة الدستور.

٦٩- شروط الرقابة الدستورية من خلال دعاوى الأفراد

يشترط لكى تباشر المحكمة الدستورية رقابتها الدستورية طبقا للمادة ٢٧ من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ توافر الشروط الآتية:

(أولا): أن تكون دعوى تنازع الاختصاص، ودعوى تنفيذ الأحكام المتناقضة، ودعوى المنازعة المتعلقة بتنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا مقبولة وداخلة فى اختصاص المحكمة. فبالنسبة إلى دعوى تنازع الاختصاص، فيتعين أن تطرح الدعوى عن موضوع واحد، أمام جهتين من جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائى، ولا تتخلى إحداهما عن نظرها أو تتخلى كلتاهما عنها؛ وشرط انطباقه بالنسبة إلى التنازع الإيجابى هو أن تكون الخصومة قائمة فى وقت واحد أمام الجهتين المتنازعتين، عند رفع الأمر إلى المحكمة الدستورية العليا[1]، وشرط انطباقه بالنسبة إلى التنازع السلبى أن تكون الجهتان المتنازعتان قد تخليتا عن نظرها[2]. وبالنسبة إلى دعوى تنازع

---

(١) انظر على سبيل المثال، دستورية عليا فى ٤ يونية سنة ١٩٩٤، القضية رقم ٣ لسنة ١٥ قضائية «تنازع»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٩ ص ٨٤٨.

(٢) انظر على سبيل المثال، دستورية عليا فى ٢٠ يونية سنة ١٩٩٤، القضية رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية «تنازع»، المجموعة السابقة جـ٦ قاعدة رقم ١٣ ص ٨٧٥.

تنفيذ الأحكام المتناقضة، فإن مناط قبولها أن يكون أحد الحكمين النهائيين صادرا من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائى، والآخر من جهة أخرى منها، وأن يكونا قد حسما النزاع فى موضوعه، وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معًا. ولا تمتد ولاية المحكمة الدستورية العليا إلى الفصل فى حالة التناقض بين الأحكام الصادرة من جهة قضائية واحدة(١).

وبالنسبة إلى دعوى المنازعة المتعلقة بتنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا، فإن قوامها أن يكون تنفيذ حكم هذه المحكمة لم يتم وفقا لطبيعته وعلى ضوء الأصل فيه، بل اعترضته عوائق تحول قانونا - بمضمونها أو أبعادها - دون اكتمال مداه، وتعطل بالتالى أو تقيد اتصال حلقاته بما يعرقل جريان آثاره كاملة دون نقصان. ومن قبيل ذلك عوائق التنفيذ القانونية والتى تبدو فى صدور حكم بات يجب تنفيذه بما يتناقض مع حكم المحكمة الدستورية العليا بحجيته المطلقة(٢). وقد عنيت المحكمة الدستورية العليا فى هذا الصدد بأن تؤكد أن تدخلها لهدم عوائق التنفيذ التى تعترض أحكامها وتنال من جريان آثارها فى مواجهة الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين جميعهم دون تمييز، يفترض أمرين: (أولهما) أن تكون هذه العوائق - سواء بطبيعتها أو بالنظر إلى نتائجها - حائلة دون تنفيذ أحكامها، أو مقيدة لنطاقها. (ثانيهما) أن يكون إسنادها إلى تلك الأحكام وربطها منطقيا بها، ممكنا. فإذا لم تكن لها بها صلة فإن خصومة التنفيذ لا تقوم بتلك العوائق، بل تعتبر غريبة عنها، منافية لحقيقتها وموضوعها(٣).

(ثانيا): أن تعرض مخالفه أحد نصوص الدستور أمام المحكمة الدستورية بمناسبة ممارسة اختصاصها فى إحدى الحالات الثلاث سالفة الذكر. وهو ما يتطلب أن يكون الفصل فى النزاع متوقفا على الفصل فى هذه المسألة الدستورية. وسند اختصاص المحكمة الدستورية فى هذا الشأن هو المادة ٢٧ من قانون إصدارها. وبمقتضى هذا السند الدستورى تباشر المحكمة الدستورية العليا رقابتها على دستورية القوانين بطريق غير مباشر من خلال دعوى مرفوعة من أحد الأفراد. ولا يتقيد اختصاص المحكمة

---

(١) انظر على سبيل المثال، دستورية عليا فى أول يناير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٩ لسنة ١٤ قضائية «منازعة تنفيذ»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٣ ص ٨٠١.

(٢) دستورية عليا فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٣) دستورية عليا فى أول أغسطس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية».

بحسب الظاهر بشرط المساس بأحد الحقوق أو الحريات ، إلا أن المسألة الدستورية فى الغالب الأعم تتعلق بهذه الحقوق أو الحريات . على أنه يشترط لكى تمارس المحكمة الدستورية سلطتها الرقابية أن تكون المحكمة مختصة أصلا بالدعوى المطروحة أمامها . فإن لم تكن كذلك فلا مجال لإعمال رخصة التصدى بالرقابة الدستورية المنصوص عليها فى المادة ٢٧ من قانونها[١]. مع ملاحظة أنه إذا قبلت المحكمة الدستورية المنازعة فى تنفيذ أحد أحكامها ، فإن إعمالها للحجية المطلقة لأحكامها سواء بعدم الدستورية أو برفض الدعوى الدستوري أو بعدم قبولها فصلا فى مسألة دستورية ، لا يعدو أن يكون نوعا من الرقابة الدستورية على الأحكام القضائية[٢].

(١) دستورية عليا فى ٦ إبريل سنة ١٩٩١ ، القضية رقم ١ لسنة ١٠ قضائية «منازعة تنفيذ» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٤ قاعدة رقم ٣٤ ص ٥٧٥ .

(٢) دستورية عليا فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» .

الباب الرابع

محل الرقابة الدستورية ومنهجها

٧٠ ـ تمهيد

يمارس القضاء الدستورى رقابة على مدى دستورية القواعد التشريعية فى إطار ما تتطلبه الوظيفة القضائية الدستورية . وتقتضى ممارسة هذه الرقابة تفسير كل من القواعد الدستورية والقواعد التشريعية لمعرفة مدى اتفاقهما فى المعنى . وهو ما يتطلبه بطبيعة الحال تحديد محل هذه الرقابة .

ونبحث فيما يلى المحل الذى ترد عليه الرقابة الدستورية ، والذى يتمثل إما فى قواعد قانونية تشريعية ، أو فى امتناع المشرع عن معالجة موقف تشريعى معين . وبعد ذلك نبحث منهج الرقابة الدستورية الذى تمارسه المحكمة الدستورية العليا على هذا المحل .

الفصل الأول
محـــل الرقابـــة الدســتوريـــة

المبحـث الأول
القواعد القانونيـة التشريعيـة

٧١ ـ عرض عام

يتطلب تحديد الرقـابة على دستورية القوانين، معرفة المقصـود بالقوانين كمحل لهذه الرقـابة. وتمثل هـذه المسألة إحـدى المشاكل المحـورية، لأنـه يتوقف على تحديـدها، إيضاح مناهج التفسير التى تلجأ إليهـا المحكمة الدستورية لممارسـة رقابتها. وينصرف المقصود بـالقوانين كمحل للرقـابة الدسـتورية إلى القواعـد القانونيـة أيًّا كان مصـدرها (التشريع أو الـلائحـة). ومع ذلك فيوجـد فى هـذا الشأن بعض الاختـلاف فى النظم الدستورية يبدو أهمها فيما يلى:

ففى فرنسـا حيث أخذت بالـرقابة السـابقة كأصل عـام، تنصب هذه الرقـابة على مشروعـات القـوانين قبل إصدارهـا، وعلى الـلائحـة الداخليـة للبرلمان. ولا تـرد على التشريع بعـد إصداره إلا إذا تجاوز سلطتـه فعـالج أمـورا لائحية، مما لا يـزيـد أثرهـا القانونى عن القيمـة اللائحية. وإن كان المجلس الدستورى قـد باشر اختصاصه على التشريعات الصادرة بمناسبة نظر مشروعات القوانين بتعديلها.

وقد استبعـدت بعض الدول أنواعـا من التشريعات من الرقابـة الدستوريـة، مثال ذلك تركيا، فقد أخرجت من هذه الرقـابة التشريعات التى تعتبر أساسا لثورة أتاتورك، والتشريعات التى أصـدرها مجلس الأمن الوطنى فى الفترة مـا بين سنة ١٩٨٠ و ١٩٨٣ ومـراسيم القوانين الصـادرة من مجلس الوزراء خـلال حالـة الطوارئ أو حـالة إعـلان

الأحكام العرفية [١]. وفى بولندا، اقتصرت الرقابة الـدستورية على التشريعات وغيرها من الأعمال التشريعية التى صدرت بعد تعديل الدستور البولندى سنة ١٩٨٢، ثم جاء دستور ١٩٩٧ فرفع هذا القيد[٢]. وعدا ذلك، فإن الرقابة الدستورية أيًا كان تنظيمها الإجرائى (الرقـابة المجردة أو الرقابـة المحددة) تنصب على جميع القواعد القانـونية سواء كان مصـدرها التشريع أو اللائحـة، مع بعض الاختلاف فى التفـاصيل حسب ظروف كل دولة. وننبـه إلى أن القواعد القانـونية المستخلصة من النصـوص التشريعية هى التى ترد عليها الـرقابة، وليست النصـوص نفسها، فما النصوص إلا أشياء جـامدة بخلاف القـواعد القـانـونيـة فإنها تموج بالحيـاة، لأنها هى التى تنشىء أو تعـدل أو تنهى آثـارا قانونية. فالنصوص هى محل الطعن، أما القواعد القانونية فهى محل الرقابة.

وسوف نبحث كيفية استخـلاص القواعد القانونية من النصـوص عند بحث سلطة المحكمة فى التفسير. وهناك نتيجة هامة تترتب على اعتبار القواعد القانونية محلا للرقابة بدلا من النصوص التى تعتبر مجرد محل للطعن؛ هى إمكان الحكم بعـدم دستورية جزء من النص التشريعى المطعـون عليـه إذا كانـت القاعـدة القـانـونية واردة فى هـذا الجزء وحده.

٧٢ ـ الرقابة على دستورية التشريع واللائحة فى القانون المصرى

مناطها: تختص المحكمة الدستـورية العليا بالرقـابة على القواعد القـانونية للتحقق من مشروعيتهـا الدستـورية، سواء كـانت هـذه القواعـد القانونيـة قد تضمنهـا تشريع أصلى، أو فرعى (أى لائحـة). فمناط الرقابـة الدستوريـة هو قيام تعارض بين قـاعدة تشريعية وقاعدة دستورية [٣]، وتكون الرقابة على القاعدة التشريعية أيًا كان موضعها أو مصدرها أو نطاق تطبيقها. وفى هذا الصـدد نصت المادة ٢٥ (أولا) من قانون المحكمة

---

(١) انظر: Cardoso da Costa, La Justice constitutionnelle dans le carde des pourvoirs de l'Etat, Rapport Général, Annuaire International de Justice constitutionelle, Economica, 1987, p.20.

(٢) كانت المحكمـة الدستـورية البلغـارية قـد اتجهت فى حكمها الصـادر فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٩١ إلى أن الرقابة الدستورية لا تمتد إلى التشريعـات السابقة على دستور ١٩٩١، ثم أصدرت حكما فى ١٤ يولية سنة ١٩٩٤ يؤكد سلطتهـا فى الرقابة على هذه التشريعات السـابقة، وأكدت هذا المبدأ مرة أخرى فى ١٨ يولية سنة ١٩٩٥ استنادًا إلى سيادة الدستور، ثم عادت إلى تأكيده فى ١١ يناير سنة ١٩٩٦. انظر:
Karagiozovo - Finkovo; la justice constitutionnelle en Bulgarie, op. cit., p.23.

(٣) دستورية عليا فى ١٥ يونية سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧، قاعدة رقم ٤٧ ص ٧١٦.

الـدستـوريـة العليا على أن تختص هـذه المحكمـة بـالـرقـابة على دستـوريـة القـوانين واللـوائح . ولا صعـوبـة فى تحديـد التشريع الأصلى، فهـو الـذى يقـره مجلس الشعب ويصدره رئيس الجمهـورية . أما التشريع الفـرعى فهو الـلائحة التى تصدرهـا السلطة التنفيذية فى حـدود اختصاصها بإصدار اللـوائح كما حدده الدستور. وتطبيقـا لذلك، قررت المحكمة الدستـورية العليا بأن قرارات الشركة القـابضة فى قطاع الأعمال العام لا تعتبر تشريعا فرعيا (أى لائحة)، نظرا لكونها من أشخاص القانون الخاص طبقا للمادة الأولى من قانون إصـدار قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بـالقانون رقم ٢٠٣ سنة ١٩٩١ [١]. ولا يتغير الحال إذا كانـت اللائحة التـى صدرت من أحـد أشخاص القـانون الخاص قـد صدرت عن مجلس إدارة هيئة عـامة ، لأن سريـانها على شخص القـانون الخاص يعنى أن هـذا الشخص هـو الـذى قرر تطبيقـه[٢]. كما لا يغير مـن طبيعتها صدورها من وزير قطاع الأعمال العام[٣] أو من وزيرة التأمينات الاجتماعية[٤].

ولا شأن للرقابة الدستورية بالتنـاقض بين قاعدتين قانونيتين من مرتبة واحدة أو من مرتبتين مختلفتين[٥].

ولا يمتـد اختصاص المحكمـة لحالات التعـارض بين اللوائح والقـوانين ، ولا بين التشريع ذات المرتبـة الواحـدة . وتطبيقا لـذلك قضى بأن النص بمخـالفة بعض مـواد المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ لبعض نصوص القانون المدنى وقانون المرافعات ـ أيا كان وجه الرأى فى قيام هذا التعارض ـ لا يعدو أن يكون نعيا بمخالفة القانون، وهو ما لا تمتد إليه ولاية المحكمة [٦].

---

(١) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ ، قاعدة رقم ١٣ ص ٢٢٦ .

(٢) دستورية عليا فى ١٥ نوفمبر ١٩٩٧ ، القضية رقم ١٠٦ سنة ١٨ دستـورية ويتعلق بلائحة أصدرتها الهيئة العامة للبترول لتسرى على الجمعية العامة للبترول .

(٣) دستورية عليا فى ٦ مارس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٦٥ لسنة ٢٠ قضائية أو دستورية) الجريدة الرسمية ـ العدد ١١ فى ١٨ مارس سنة ١٩٩٩ .

(٤) دستورية عليا فى ٦ مارس سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٦٧ لسنة ٢٠ قضائية أو دستورية) الجريدة الرسمية ـ العدد ١١ فى ١٨ مارس سنة ١٩٩٩ .

(٥) دستورية عليا فى ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٤٧ ص ٧١٦، وانظر ٤ مايو سنة ١٩٩٦ ، المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ٣٤ ص ٥٧٤ .

(٦) دستوريـة عليا فى ١٩ يونية سنـة ١٩٨٨ فى القضية رقم ٢٦ سنة ٢ قضائيـة «دستورية» ، مجموعـة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ ٤ قاعدة رقم ٢١ ص ١٤٠ ، أول يونية سنة ١٩٩١ فى القضية رقم ٩ سنة ٢ قضائية، المجموعة السابقة رقم ٤٣ ص ٣٥٨ ، ١٩ يـونية سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٤ لسنة ١٤ قضائية «دستورية »، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثانى) قاعدة رقم ٣٠ ص ٣٥٩ .

وبطبيعة الحال لا يندرج الدستور فى مفهوم القوانين التى تباشر المحكمة الدستورية الرقابة عليه [١]، مما لا يجوز النعى على نصوص الدستور أمام هذه المحكمة ورميها بالتعارض أو التنافر، وإنما تمتد ولايتها إلى تفسير نصوص الدستور بما يكفل التوفيق بين مجموع أحكامها .

وتتحدد ولاية المحكمة بالنسبة إلى الدستور المصرى، دون غيره من الأحكام الأساسية لأى شخص دولى ينشأ بمعاهدة دولية بين مصر وغيرها من الدول، ولو كانت لهذه الأحكام الأساسية من زاوية محتواها الموضوعى خصائص القواعد الدستورية وملامحها . وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم اختصاصها بالنظر فى دستورية القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨٤ بانسحاب مصر من اتحاد الجمهورية العربية والذى كان يضم مصر وليبيا وسوريا طبقا لاتفاق إقامة الاتحاد المذكور الموقع فى بنغازى فى ١٧ إبريل سنة ١٩٧٢ [٢].

وغنى عن البيان كذلك، أن القرارات الإدارية الفردية لا تخضع للرقابة على دستوريتها، لأنها ليست قواعد قانونية، وتخرج بطبيعتها عن التنظيم اللائحى ذى الطبيعة العامة المجردة. وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن عموم القاعدة القانونية، لا يعنى انصرافها إلى من يقيمون على امتداد الإقليم بأسرهم، ولا تعلقها بأفعالهم وتصرفاتهم جميعها أو انبساطها عليها، وإنما تتوافر للقاعدة القانونية مقوماتها، وتتكامل خصائصها؛ بانتفاء التخصيص، ويتحقق ذلك إذا سنها المشرع مجردة عن الاعتداد بشخص معين أو بواقعة بذاتها معينة تحديدا بها لا يلبسها بغيرها[٣].

وتتوفر للقاعدة مقوماتها بانتفاء التخصيص. ويتحقق ذلك إذا سنها المشرع مجردة عن الاعتداد بشخص معين أو بواقعة بذاتها، فيتمحض النص عن قاعدة عامة مجردة متى انسحب إلى أشخاص بأوصافهم، وتعلق بوقائع غير محددة بذواتها [٤].

---

(١) دستورية عليا فى ٥ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٣ سنة ١٥ قضائية (دستورية) الجريدة الرسمية العدد ٨ فى ٢٤ فبراير ١٩٩٤، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ١٥ ص ١٤٠ .

(٢) دستورية عليا فى ١٤ مارس سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٠ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١١ تابع (أ) فى ١٤ مارس سنة ١٩٩٦ .

(٣) دستورية عليا فى ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٩ ص ١٧٦ .

(٤) دستورية عليا فى ١٤ مارس سنة ١٩٩٢، فى القضية رقم ٣٦ لسنة ٩ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٢٨ ص ٢٤٤ .

وقد اعتبرت المحكمـة الدستورية العليـا أن مرحلة نفـاذ القانون أو اللائحـة بالنشر تعتبر جزءا من تكوين كل منهما على أساس أن الصفة الإلزامية للقاعدة القانونية تتوقف على نفاذها بالنشر. وبناء على هذا التأصيل ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى مباشرة رقابتها على القـواعد القانونية التى لم يتم نشرها، على أسـاس أن إخضاع المخاطبين بها لأحكامها يلحق ضررا بمصالحهم [1].

وهذا المبـدأ محل نظر كما سبق أن بينا، لأن الـواضح أن نشر القوانين ـــ أو اللوائح ـ مرحلـة لاحقة على إصدارهـا، ولا يتعدى أثرها مـا يسبق نفاذ القاعـدة القانونيـة الذى يعتبر بطبيعة الأشياء مـرحلة لاحقة لتكوين هذه القاعـدة، وتقتصر سلطة المحكمة فى الـرقابـة على تكوين القـانون من حيـث الشكل وعلى دستوريـة نصوصـه من الناحيـة الموضوعية، دون أن تمتد إلى سلامة نفاذه أو تطبيقه، فتلك مرحلة تدخل فى اختصاص القضاءالعادى. أما تطبيق القانون أو اللائحة ـ غير المنشورة ـ فإنه يعتبر عدوانًا ماديا على الحقوق كأثر لتطبيق القانون قبل استكمال مرحلة نفاذه، وليس ضررا مترتبا على عيب فى القانون من حيث الشكل أو الموضوع. على أنه إذا انصب النشر على جزء من القانون دون غيره مما أدى إلى اعتبار ا لجزء المنشور مخالفا للدستور، فإنه يخضع للرقابة الدستورية[2]، وخاصة فى المسائل الجنائية إذا ترتب على عدم نشر ذلك الجزء وقوع غموض.

أثرها: وبفضل الرقابـة على دستورية القوانين ساهم القضاء الـدستورى فى إحداث تغيير جوهـرى فى النصوص المتعلقة بـالحقوق والحريـات، وخاصة فيما يتعلق بقـواعد قانـون العقوبات، وقواعـد قانون الإجراءات الجنـائية. ويظهر ذلك بوضـوح فى الدول التى تعتمد أساسـا على السوابق القضائية أكثر من اعتمادها على التشريع كما هو الحال فى الـولايات المتحـدة الأمريكيـة. وقد لـوحظ أن المحكمـة الدسـتورية فى أسبـانيا قـد استخلصت من أصل البراءة عددًا من النتائج المؤثرة فى مبـادئ الإجراءات الجنائية. كما ساهمت المحكمة الدستورية الإيطالية بقـوة فى تطوير مبادئ الإجراءات الجنائية فى ظل القانـون القديـم قبل صدور القـانون الجديـد عام ١٩٨٩ [3]. كما ساهمت المحكمـة

---

(١) دستورية عليا فى ٣ يناير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٣٦ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٢) وهذا هو ما استخلصتـه المحكمة الدستورية العليا (٣ ينايـر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٣٦ لسنة ١٩٩٨ قضائية «دستورية».

(٣) Klaus Tiedemann, General report, Revue internationale de droit pénal, 1993, p. 847.

الدستورية العليا فى مصر من خلال رقابتها على دستورية القوانين فى تصحيح بعض المفاهيم الجنائية سواء فيما يتعلق بقانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجنائية فى ضوء الشرعية الدستورية ، مما سمح بإبراز ملامح القانون الدستورى الدستورى الجنائى المصرى ، على ما سنبينه فى الجزء الثانى من هذا المؤلف .

الفرق بين الرقابة الدستورية والتطبيق المباشر للدستور : وتعتبر المحكمة الدستورية العليا هى الجهة الوحيدة التى اختصها الدستور بولاية الفصل فى المسألة الدستورية ، وليس ثمة جهة أخرى يمكن أن تنازعها هذا الاختصاص أو أن تنتحله لنفسها ، وإليها وحدها يعود أمر الفصل فى المخالفة الدستورية أيًا كان مدعيها [1] .

ويترتب على ذلك أنه فى الأحوال التى يرى فيها القضاء العادى أن القانون قد نسخه الدستور بنص صريح ، لا يعتبر حكمه فاصلا فى مسألة دستورية . ولا يحوز هذا الحكم بذلك سوى حجية نسبية فى مواجهة الخصوم (أطراف النزاع الموضوعى) دون الكافة . مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن المادة ٤٤ من الدستور التى نصت على حرمة المسكن وحظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون ، قابلة للتطبيق مباشرة ناسخة بقوة الدستور المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية التى نصت على خلاف ذلك [2] . ولم يحز هذا الحكم حجية مطلقة فى مواجهة الكافة حتى عرضت ذات المسألة الدستورية على المحكمة الدستورية العليا ، فقضت بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية التى كانت تنص على أن لمأمور الضبط القضائى فى حالة التلبس بجناية أو جنحة أن يفتش منزل المتهم ، مخالفة بذلك المادة ٤٤ من الدستور التى جاء نصها عاما مطلقا فى اشتراط أن يكون تفتيش المنزل بأمر قضائى مسبب [3] . فى هذه الحالة حاز هذا الحكم حجية مطلقة فى مواجهة الكافة لصدوره من المحكمة الدستورية العليا صاحبة الولاية العامة فى الرقابة على الدستورية ، فاصلا فى المسألة الدستورية موضوع النزاع .

---

(١) دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى) ، قاعدة رقم ١٣ ص ١٥٠ .

(٢) نقض ٢٤ مارس سنة ١٩٧٥ مجموعة الأحكام س ٢٦ رقم ٢٥٨ . وانظر أيضا نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٥ مجموعة الأحكام س ٣٦ ص ١٠٢٧ . وراجع مؤلفنا (النقض فى المواد الجنائية) ، طبعة ١٩٩٧ ص ١٢٥ و ١٢٦ . وقد صدر حكم آخر لمحكمة النقض باعتبار المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية منسوخة بقوة الدستور لمخالفتها المادة ٤١ منه (نقض ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣ ص ٧٠٣) ولم يصدر بعد حكم للمحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن .

(٣) دستورية عليا فى ٢ يونية سنة ١٩٨٤ فى القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية «دستورية» .

٧٣ـ استبعاد النظر فى أعمال السيادة

استقر القضاء على استبعاد (أعمال السيادة) من مجال الرقابة القضائية على أساس أن طبيعتها تأبى أن تكون محلا لدعوى قضائية . وإذا نظرنا إلى أعمال السيادة فى أصلها الفرنسى نجد أنها ذات نشأة قضائية. إلا أنها فى مصر ذات أساس تشريعى يرجع إلى بداية التنظيم القضائى الحديث الذى أقرها بنصوص صريحة فى صلب التشريعات المتعاقبة المنظمة للمحاكم ومجلس الدولة؛ وآخرها ما ورد فى قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ وقانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ اللذين استبعدا أعمال السيادة من ولاية القضاء العادى والقضاء الإدارى على السواء. ويأتى هذا الاستبعاد تحقيقا للاعتبارات السياسية التى تقتضى - بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسى اتصالا وثيقا أو بسيادتها فى الداخل والخارج - النأى بها عن نطاق الرقابة القضائية ، وذلك لدواعى الحفاظ على كيان الدولة فى الداخل والذود عن سيادتها فى الخارج ورعاية مصالحها العليا. وقد وجدت هذه الاعتبارات صدى لدى القضاء الدستورى فى الدول التى أخذت بنظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وبخاصة فى المسائل السياسية التى تعد المجال الحيوى والطبيعى لنظرية إعمال السيادة واستبعادها من نطاق هذه الرقابة [1]. وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن العبرة فى التكييف القانونى لما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعتبر منها هى بطبيعة هذه الأعمال ذاتها، التى يجمعها إطار عام هى أنها تصدر عن السياسة العليا للدولة بما لها من سلطة عليا وسيادة فى الداخل والخارج مستهدفة تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها وتنظيم علاقاتها الخارجية بينها وبين الدول الأخرى وتأمين سلامتها فى الداخل والخارج، والمرد فى ذلك إلى السلطة التقديرية للقضاء وحده [2].

وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا علة ذلك ردا على طعن بعدم دستورية المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية لأنها تحول دون النظر قضائيا فى أعمال السيادة بطريق مباشر أو غير مباشر، فقالت بأن أعمال السلطة التنفيذية التى تعتبر بطبيعتها - وبالنظر إلى خصائصها - مستعصية على موازين التقدير القضائى التى يقتضيها الفصل فى صحتها أو بطلانها، ينبغى ألا تباشر السلطة القضائية رقابتها عليها، لا لأنها فوق

---

(١) دستورية عليا فى ٢١ يناير سنة ١٩٨٤ القضية رقم ٤٨ لسنة ٤ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ٣ قاعدة رقم ٣ ص ٢٢.

(٢) دستورية عليا فى ٢١ يناير سنة ١٩٨٤ سالف الذكر.

الدستـور أو القانون بما يحول دون خضوع الجهـة التى أصدرتها لكل أشكال مسئـوليتها عنها، وإنما لأن ضوابط معايير الفصل فى مشروعيتهـا، لا تتهيأ للسلطة القضائية بكل أفرعها[١].

وتطبيقـا لما تقدم حكم بأن اتفـاقية تنظيم الجيـوش العربيـة فى البلد الـذى تقضى الضرورات العسكريـة بانتقالها إليه، التى وافـق عليها مجلس الدفاع المشترك فى جامعة الدول العربية فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٦٥، تعتبر من أعمال السيادة، ومن ثم لا تختص المحكمة الدستورية العليا بالطعن بعدم دستورية ما نصت عليه الاتفاقية بشأن حجب القضاء المصرى عن نظر كافة المنازعات التى تنشأ بين القوات الحليفة وبين المواطنين[٢] المصريين، وحرمـانهم من التقاضى والالتجاء إلى القاضى الطبيعى، خـلافا للمادة ٦٨ من الدستور.

وواقع الأمر أن بعض الاتفاقيات الدوليـة ـ كما عبر مارشال رئيس المحكمة الاتحادية الأمريكية، تعتبر بحسـب طبيعتها عقدا بين أمتين nations ولا تعتبر عملا تشريعيا، وهى بحسب نصـوصهـا تخاطب السلطـة السيـاسية للـدولـة [٣]. وقـد حدت هـذه الاعتبارات السياسية إلى تقرير انعدام الرقابة على دستورية المعاهدات [٤].

كما حكم بأن قرار رئيس الجمهوريـة رقم ٤٠٤ لسنة ١٩٩٠ بشأن دعوة الناخبين إلى الاستفتاء على حل مجلس الشعب، إنما يتعلق بـاستطلاع رأى هيئـة الناخبين التى تمثل القاعدة الشعبية فى أمر يتصل بأخص المسائل المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، ويتصل بتكـوين هذه السلطة. وهو يعـد بهذه المثابة من أبـرز الأمور التى تتعلق بممارسة سلطة الحكم، ومن ثم يعتبر من الأعمال السياسية التى تتحمل السلطة التنفيذية كامل المسئولية السياسية بصدد إجرائها بغير معقب من القضاء [٥].

يلاحـظ أن هناك تشريعـات تتصل بالسيـاسية العليـا للدولـة لا تنجو من الـرقابـة الدستوررية، وهى :

١ ـــ التشريعات التى تسبقهـا موافقـة شعبية على مبـادئها من خـلال الاستفتاء. فهذا

(١) دستورية عليا فى ٦ يونية سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٣٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا فى ٢١ يناير سنة ١٩٨٤ سالف الذكر.

(٣) Foste v. neilson,2 pet. (27 U.S.)235,314 (1829).

(٤) P. Juillard, la politique d'autolimitation de la Cour supréme des Etats - Unis.

(٥) دستورية عليا فى ٩ أكتوبر سنة ١٩٩٠ فى القضية رقم ٤ لسنة ١٢ قضائية «منازعة تنفيذ»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٤ قاعدة رقم ٢٤ ص ٥٢.

الاستفتاء لا يصحح ما يشوب النصوص التشريعية المقننة إلى مرتبة النصوص الدستورية[1].

٢ ـ القوانين الانتخابية ـ فهى ليست من أعمال السيادة، وتخضع للرقابة الدستورية[2].

٣ ـ القرارات الجمهورية بقانون الصادرة فى غيبة البرلمان (المادة ١٤٧ من الدستور)[3].

٤ ـ قوانين التفويض الصادرة بناء على تفويض المجلس طبقا للمادة ١٠٨ من الدستور[4].

٥ ـ الاستيلاء على الأراضى الزراعية طبقا لقانون الإصلاح الزراعى (المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢) دون إعطاء الملاك الحق فى التعويض لا يعتبر من أعمال السيادة التى تنأى عن الرقابة الدستورية[5].

٧٤ ـ الرقابة الدستورية على النصوص التشريعية فى الاتفاقيات الدولية

تخضع دستورية المعاهدات إما لرقابة سابقة على دخولها فى التطبيق، أو رقابة لاحقة أى بعد العمل بها. وقد استند الاتجاه المنادى بالرقابة السابقة إلى أن العلاقات الدولية سوف تتأثر إذا ما تعرض القاضى الدستورى للمعاهدة، بما يؤدى إلى إبطال أحد نصوصها رغم أن هذا النص قد تم الاتفاق عليه مع أطراف أخرى غير الدولة التى أبطل القضاء الدستورى أحد نصوصها، الأمر الذى قد يثير مسئولية الدولة فى مواجهة سائر أطراف المعاهدة.

كما أنها تتجنب تحفظ الدولة بالنص على موافقتها بما لا يتعارض مع دستورها لأن المادة ١٩ من اتفاقية فيينا بشأن المعاهدات تمنع كل تحفظ لا يتفق مع موضوع المعاهدة أو هدفها.

وبالنسبة إلى الرقابة السابقة على المعاهدات، فتتحقق بخضوع القوانين الصادرة بالتصديق عليها لرقابة المحكمة الدستورية التى تراجع مدى مطابقتها للدستور، وذلك بعد التصويت عليها من البرلمان وقبل التصديق عليها من رئيس الدولة. وتأخذ بالرقابة السابقة جميع الدول الأوروبية ـ عدا بولندا[6].

---

(١) دستورية عليا فى ٢١ يونية ١٩٨٦ مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٣ قاعدة رقم ٥١ ص ٣٥٣.

(٢) دستورية عليا فى ١٦ مايو ١٩٨٧ مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٤ قاعدة رقم ٥ ص ٣١، ١٩ مايو ١٩٩٠ جـ ٤ قاعدة رقم ٣٣ ص ٢٥٦.

(٣) دستورية عليا فى ٤ مايو ١٩٨٥ القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٣ قاعدة ٩، ص ٩٥.

(٤) دستورية عليا فى ١٦ مايو ١٩٩٢ القضية رقم ٢٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة ٣٥، ص ٣٦٣.

(٥) دستورية عليا فى يونية ١٩٨٣ فى القضية رقم ٢ لسنة ١ قضائية «دستورية».

(٦) D.Rousseau; La justice constitutionnelle Europe, Mantchrestien, 1992, p.93.

ففى فرنسا تخضع قوانين التصديق على المعاهدات للرقابة السابقة للمجلس الدستورى، وذلك باعتبارها جزءا من القوانين العادية . ففى جميع الأحوال التى يلزم فيها موافقة البرلمان للتصديق على المعاهدة تتم الرقابة السابقة إما قبل تصويت البرلمان أو بعده طبقا للمادة ٥٤ من الدستور ووفقا للإجراءات التى نصت عليها ٦١ من الدستور[١]. وعند تطبيق المادة ١١ من الدستور التى يلزم فيها استفتاء الشعب على مشروع القانون الذى يجيز التصديق على المعاهدة التى لها آثار جانبية على سير المؤسسات، يتعين طبقا للمادة ٦٠ من الدستور أن يراقب المجلس الدستورى مشروعية عمليات الاستفتاء . وقد ذهب الفقه الفرنسى إلى حق المجلس الدستورى فى هذه الحالة فى مراقبة مدى تضمن المعاهدة نصوصا مخالفة للدستور[٢].

ومن أهم الدساتير التى أخذت بالرقابة السابقة، دساتير كل من أسبانيا والبرتغال وألمانيا[٣]. ومن خلال الرقابة السابقة فى أسبانيا على قوانين التصديق على المعاهدات يمكن مراقبة عدم تعارض الأحكام الموضوعية للمعاهدة مع الدستور.

وبجانب نظام الرقابة السابقة، فقد أجازت بعض الدساتير الرقابة اللاحقة على دستورية المعاهدات، كما هو الحال فى ألمانيا وأسبانيا .

وفى مصر، أجازت المحكمة الدستورية العليا الرقابة على دستورية نصوص الاتفاقيات الدولية التى تخرج عن نطاق أعمال السيادة، وذهبت إلى أن الطعن بعدم دستورية نص فى اتفاقية دولية إنما يطرح بحكم اللزوم توفر المتطلبات الشكلية التى استلزمتها المادة ١٥١ من الدستور ليكون للاتفاقية قوة القانون، وذلك فيما يتعلق بإبرامها والموافقة والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة. وتطبيقا لذلك قضت بدستورية اتفاقية تأسيس المصرف العربى الدولى التى تستبعد تطبيق قانون عقد العمل الفردى على العاملين بالمصرف[٤]. ودستورية اتفاقية التعويضات المبرمة بين الحكومتين

---

(١) انظر: F. Luchaire, le conseil constitutionnel, Tome I - Organisation et Attrubitions, Economica, 2e édition refondue, 1997, No.226,p.215.

(٢) F. Luchaire, op. cit., No.231, p.220.

(٣) انظر: Wolfgang Zeidler, Cour constitutionnelle Fédérale Allemande, Annuaire International de justice constitutionnelle, 1987, op. cit., p.37,38.

(٤) دستورية عليا فى ١٩ يونية سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية «دستورية»، فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية دستورية ـ الجريدة الرسمية، العدد ٢٧ (تابع) فى ٨ من يولية سنة ١٩٩٣ .

المصرية واليونانية [١]. وأكدت المحكمة الدستورية العليا أن رقابتها القضائية على الدستورية مناطها تعارض النصوص القانونية المطعون عليها مع الدستور المصرى، ولا يمتد إلى أية قواعد أخرى لها من زاوية المحتوى الموضوعى خصائص القواعد الدستورية، فإذا صدرت باستفتاء شعبى كالاستفتاء على إقامة اتحاد الجمهورية العربية، فإنه لا يجوز إقحام هذه القواعد ـ بفرض استمرار نفاذها ـ فى نطاق الدستور المصرى[٢].

وقد اتجهت المحكمة الدستورية الألمانية إلى بسط رقابتها اللاحقة على دستورية المعاهدات. ومثال ذلك قضية الطعن فى دستورية معاهدة ماستريخت Maastreicht، فبناء على طعن من أحد الأفراد، انتهت المحكمة الألمانية إلى دستورية المعاهدة، إلا أنها وضعت عدة تحفظات على تفسيرها، مما أدى من الناحية العملية إلى تعديل بعض الاصطلاحات المستخدمة فى المعاهدة [٣]. وقد لوحظ أن هذا النهج الدستورى، وإن كان قد أدى إلى احترام الحقوق الفردية للطاعن، إلا أنه أدى إلى مخالفة غير ظاهرة للتعهدات الدولية [٤].

ويلاحظ أن الفصل فى مدى دستورية نصوص الاتفاقيات أو المعاهدات ـ الدولية ـ يتوقف على تفسيرها. وفى هذا الشأن ظهرت ثلاثة اتجاهات فى التفسير، يذهب أولها إلى التقيد بنصوص الاتفاقية وتحليل كلماتها، بينما يذهب الثانى إلى الاعتماد على نية أطراف الاتفاقية، ويذهب الاتجاه الثالث إلى التأكيد على موضوع الاتفاقية والغرض منها لتحديد معانى الاتفاقية [٥]. وقد وفقت اتفاقية فيينا الصادرة سنة ١٩٦٩ بشأن قانون

---

(١) دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ١٣ ص ١٥٠.

(٢) دستورية عليا فى ٢ مارس سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٣٠ سنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢٩ ص ٥٠٧.

(٣) 1995, Fromont, "Chronique de jurispurdence constitutionnelle", Revue de droit public, p.349.

(٤) Fromont, La Justice constitutionnelle dans le monde, op. cit., p.100.

(٥) Malcolm N. Show; International law, fourth edition, cambridge university press, 1997, p.655, 656.

وانظر فى الموضوع: Eid Ahmed El - Ghafloul; L'insertion et la force obligatoire des normes internationales conventionnelles en droit interne Egyptien, Thése de doctorat, Université de pantheon, Assas (Paris II).

المعـاهدات بين هـذه الاتجاهـات المختلفة فـأرست فى المادة ٣١منها معيـار التفسير فى صـور العرف الـدولى، إذ نصت هذه المادة فى فقـرتها الأولى على أن كل معاهـدة يجب تفسيرها (فى إطار من حسن النية ووفقا للمعنى المعتـاد لعباراتها فى السياق الواردة فيه، وبما لا يخل بموضـوع المعاهـدة، أو الغرض منها). وذهبت محكمـة العدل الـدولية فى قضية اختصـاص الجمعية العامة بقبـول دولة لعضوية الأمم المتحـدة، إلى أن الواجب الأول للمحكمة التى دعيت لتفسير وتطبيق نصـوص المعاهـدة هو محاولة إعطـاء الأثر لهذه النصوص بمعنييها الطبيعى والعادى فى السياق الواردة فيه[1].

ويلاحظ أيضا أن المادة ٤٦ من اتفـاقية فيينا بشأن قانون المعـاهدات قد نصت على أنـه لا يجوز للـدولة أن تتمسك بعـدم صحـة الاتفـاقيـة على أساس أن مـوافقتهـا على الاتفاقية قد تمت بالمخالفة لقانـونها الداخلى فيما يتعلق بسلطتها فى إبرام المعاهدات ما لم تكن هذه المخالفـة واضحة وتتعلق بقاعدة من القـواعد الأساسية فى قـانونها الداخلى. وتعتبر المخالفـة واضحة إذا كانت مـؤكدة من النـاحية الموضوعيـة لدى أى دولة تـدير شئونها فى إطار من الممارسة المعتادة وبحسن نية.

وهذا الذى نصت عليـه المادة ٤٦ بشأن عدم صحة الاتفاقيـة ليس إلا تطبيقا لعدم دستوريـة نصوص المعـاهدة إذا مـا خالفت نصـوص الدستور التى تعتبر بـلاشك من القواعد الأساسية فى القانـون الداخلى، مما أدى ببعض الدول كما أوضحنا فيما تقدم إلى الأخذ بالرقابة الدستورية السابقة على المعاهدات[2].

---

(١) انظر: Malcolm N. Show, p.656.

(٢) انظر ما تقدم بند ٤٨.

المبحث الثـــانى
الرقـــابة علـى امتنـــاع المشـــرع

ثار البحـث حول مـدى الرقـابة الـدستوريـة على امتناع "Omission" المشرع عـن إصدار قاعدة قـانونية معينة. وباستقراء النظم الدستـورية يبين أنها قد اتخذت مواقف مختلفة فى هذا الشأن.

٧٥ـ إجازة الرقابة على امتناع المشرع

قررت بعض النظـم الدستوريـة صراحة فتح بـاب الرقـابة الـدستوريـة على امتناع المشرع، مثال ذلك البرتغال والمجر. فقـد نص الدستور البرتغالى على حق كل من رئيس الجمهورية، والأومبدسمان، ورؤساء الجمعيات الإقليميـة (بالنسبة للقوانين الإقليمية) فى أن يطلب من المحكمـة الدستوريـة التحقق من عدم الـدستوريـة إذا لم يتخذ المشرع التدابير التشريعية الـلازمة لتطبيقها[١]، كما نص الـدستور المجـرى على مراقبـة امتناع المشرع، فأجـاز للمحكمة الدستـورية مـن تلقاء نفسها أن تشير على البرلمان بـإصدار تشريعات معينـة خلال مهلة معينة. إلا أن عـدم احترام هذه المهلة لا يـؤدى إلى نتيجة محددة[٢].

٧٦ـ دعوة المحكمة للمشرع لاستيفاء النقص التشريعى

أما فى النظم القانونية الأخرى التى لم تعـالج صراحة امتناع المشرع عن إصدار قواعد قانونية معينة، فإن المشكلة لم تغب عن المحـاكم الدستورية بها، فقدمت حلولا مختلفة

---

(١) انظر: Almeida, Le Tribunal constitutionnel Portugais Annuaire International de Justice constitutionelle, 1987, p.200, 201.

(٢) Tröcsànyi, la justice constitutionnelle en Hongrie, la justice constitutionnelle en Europe centrale, op. cit., p.70, 71.

لها : ففى ألمانيا ، ذهبت المحكمة الدستورية الاتحادية فى بعض أحكامها إلى توجيه نداء إلى المشرع لوضع قواعد قانونيـة . مثال ذلك ، أنه فى عام ١٩٦٩ أى بعد مضى عشرين عاما على نشر الدستور الاتحادى الألمانى ، انتهت المحكمة الدستورية الألمانية إلى أنه قد مضى وقت كاف كان يسمح للمشرع باستيفاء واجبه المنصوص عليه صراحة وبوضوح فى الدستـور لوضع الشروط القانـونية الـواجب توافرهـا فى الأطفال الطبيعيين naturels والأطفال الشرعيين Légitimes ، وأنه من غير المقبول استمـرار هذا النقص إلى نهاية المدة الدستورية للبرلمان القائم[1]. وفى قضية أخرى ذهبت المحكمة الـدستورية الألمانية إلى أن امتناع المشرع عن وضع حقوق وواجبات المسجـون لا يعتبر فى ذاته مخالفا للدستور، وأضافت المحكمـة أن الامتناع المذكور يمكن تحملـه لمدة أخرى مؤقتـة هى المدة المتبقية للبرلمان[2]. وفى حالات أخرى رأت المحكمـة الدستورية الألمانيـة أن القاعدة القانـونية التشريعية مقبولة من الوجهة الدستورية إلا أنها رأت فى ذات الوقت أن الدستور يتطلب تعديل هـذه القاعـدة فى ضوء التغيرات الاجتماعيـة وعدم التنـاسب المتزايـد بين المراكز القانونية الواحدة مما يخل بمبدأ المساواة . وقضت فى عام ١٩٦٨ بأن تحديد قيمة الأوراق الماليـة وفقا للسعـر المطبق فى السوق ، يتطلب إعـادة النظـر من جانب المشرع فى ضـوء التغيرات الاقتصادية ، ودعت المشرع إلى تفادى هذا النقص فى مدة معينة[3].

٧٧ـ الرقابة الدستورية غير المباشرة على امتناع المشرع

لا يعتبر النقص التشريعى بذاته محلا للرقابة الـدستورية فى النمسا ما لم يترتب عليه اعتبار قاعدة قانونية أخـرى مخالفة للدستور. مثال ذلك أن المادة ١١٨ / ٢ من الدستور

---

(١) لقد كانت المدة المتبقيـة للبرلمان (البوندستاج) ٦ شهور استطـاع فيها أن يضع مشروع قانون يستـوفى فيه ما أوجبه الـدستور، إلا أن البرلمان فشل فى إقراره بسبب مقاومـة من بعض أصحـاب المصالح . ونظرا لعدم استيفاء البرلمان التـزامه الدستـورى فى المدة التى حددتها له المحكمـة الدستـورية العليا، فقـد استطاعت المحاكم أن تجد حلا قضائيا فى ضوء خبراتها فى موضوعات مشابهة . انظر:
Wolfgang Zeidler, op. cit., p.45.

(٢) ورغم أن لائحة مصلحة السجون قد حددت هذه الحقوق والواجبات إلا أنه رؤى أن هذا التحديد هو من اختصاص المشرع وحـده . ويلاحـظ أنه خلال المدة التـى حددتها المحكمـة الدستوريـة صدر قـرار بحل البرلمان الألمانى مما اضطر المحكمة إلى مد المهلة المقررة للبرلمان . انظر: Zeidler, op. cit., p.46.

(٣) Zeiler, op. cit., p.47.
وانظر أمثلة أخرى فى ص ٤٧ و ٤٨ من هذا المرجع .

النمسـاوى نصت على واجب المشرع الـذى ينظـم مسألـة تـدخل فى مجال اختصـاص المحليات، أن ينص على ذلـك صراحة، مما أدى بـالمحكمة الـدستوريـة الألمانية إلى أن تقضى بعدم دستوريـة قانون لم ينص على أن المسألة التى ينظمهـا تدخل فى اختصاص المحليات. وقضت المحكمـة الدستوريـة النمساوية أن إغفال المشرع مـراعاة التغيرات الواقعية الناجمة عن تعديل قانون الأسرة، يمكن أن ينشئ وضعا منافيا للمساواة، الأمر الذى يؤدى إلى أن قاعـدة ـ كانت بحسب الأصل مطابقة للمسـاواة ـ أصبحـت مخالفة لمبـدأ المساواة (بـالنسبة إلى التعـويضات المقـررة للأرامل والمحـالين إلى المعاش). وهنـا يلاحظ أن مـوقف المحكمة الدسـتورية الألمانية تجاه امتناع المشرع لا ينصب على مـراقبة الامتناع فى حد ذاته، وإنما ينصب على القاعدة التشريعية التى تأثرت بهذا الامتناع[1].

وفى إيطـاليا، ميـز جانب من الفقـه الـدستورى بين الامتنـاع التشريعى المطلق عن معالجة مـوضوع معين، والامتنـاع النسبى الذى يقتصر فيـه المشرع على الامتناع النسبى عن الاستجابة لنصـوص الدستور، وانتهى هذا الـرأى إلى أنه لا محل الرقابة الـدستورية على الامتناع المطلـق مع اقتصارهـا على الامتناع النسبى وحده. وقيـل بأن هناك قـواعد دستوريـة لم يرد بشأنها نص تشريعى لتنفيذهـا، إلا أنه أمكن للقضاء العـادى تطبيقها مباشرة، إلا أن الإغفـال النسبى للمشرع فى معالجة مـوضوع معين خلافـا للدسـتور قد يمس الضمانات القانونية التى يجب التمتع بها، فضلا عن الإخلال بمبدأ المساواة. إلا أن البعض فضل العدول عن هـذا التمييز قائلا بأن ما يسمى بـالإغفال المطلق للمشرع يمكن اعتباره مندرجـا فى قائمة حـالات الإغفـال النسبى. وقد ذهـب البعض الآخر إلى إنكار الرقابة الدستورية على الامتناع (أو الإغفـال التشريعى) باعتبار أن هذه الرقابة ترد على قواعد لا وجود لها "Inexistantes"، وأن ثمرة الرقابـة على الامتناع لا تتحقق لأنه يتمثل إبطال قاعدة لا وجود لها ولا يمكن أن تنسب قاعدة لا وجود لها إلى إرادة المشرع. إلا أن الفقه السائد انتهى إلى قابلية امتناع المشرع للرقـابة الدستورية باعتبار أن الامتناع يـرد على النص التشريعى دون القاعـدة القـانونيـة، والتى يمكن استخـلاص معناهـا بطريق التفسير من أحـد نصوص القانون فى ضوء إغفـال المشرع وضع نص آخر. وقيل

---

(١) انظر:

Autrichienne; Steinhors; Cour constitutionnelle Annuaire International de constitutionnelle, Economica, 1987, op. cit., p.65,66.

بأن إغفال المشرع لا يؤدى بالضرورة إلى عدم وجود قاعدة قانونية ؛ إنما على العكس من ذلك قد يؤدى إلى وجود قاعدة سلبية "Norme négative" لها مدلول معين هو النهى عن أداء واجب أو رخصة(١).

وفى فرنسا، راقب المجلس الدستورى الفرنسى امتناع المشرع عن إصدار قاعدة قانونية واجبة، مستصحبا فى ذلك ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسى من مراقبة القرارات الإدارية السلبية. وذهب الفقه الفرنسى إلى أن امتناع المشرع هو عدم الاختصاص السلبى "Incompétence négative" ينطوى فى ذاته على تجاوز البرلمان لسلطته "Excés de pouvoir"، وأن عدم الاختصاص السلبى المذكور يشبه تماما عدم الاختصاص الإيجابى "L'incompétence positive"، المتمثل فى إصدار قواعد تشريعية خارج مجال اختصاصه كما هو الشأن عندما يتدخل البرلمان فيصدر قرارا يدخل فى اختصاص سلطة أخرى(٢).

وذهب المجلس الدستورى الفرنسى فى عدة مناسبات إلى مراقبة دستورية التشريع إذا لم تمارس السلطة التشريعية اختصاصها بصورة كاملة على النحو الذى رسمه الدستور، وبوجه خاص المادة ٣٤ من الدستور الفرنسى. مثال ذلك إغفال التشريع تحديد وعاء الضريبة وفئات الممولين وكيفية تحصيلها(٣). ويعتبر من قبيل ذلك تنازل المشرع عن اختصاصه عن الحكومة فى مسائل تدخل فى صميم اختصاص السلطة التشريعية(٤) كما حدده الدستور، وكذلك ما قرره المجلس الدستورى من عدم دستورية نصوص فى قانون أساسى "Organique" يتعلق باستقلال القضاة وعدم قابليتهم العزل، بسبب تركه تحديد شروط شغل بعض الوظائف القضائية للائحة الإدارية(٥).

---

(١) انظر:

Thierry di Manno; Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives" en France et en Italie, Economica, 1997, p.234-236.

(٢) George Schmitter; L'incompétence négative du légative du législateur et des autorités administratives; Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1989, p.141, 142.

(٣) Déc no. 90-283 du 8 janvier 1991, Recueil, jur. const.(59-93) p. 417.

(٤) مثال ذلك: Déc no. 90-283 du 8 juillet 1984, Recueil, op. cit., p. 187.

Déc no. 83-162 du 19 et 20 juillet 1993, Recueil, op. cit., p. 157.

Déc no. 93-323 du 5 août 1993, Recueil, op. cit., p. 213.

Déc no. 93-322 du 28 juillet 1993, Recueil, op. cit., p. 301.

(٥) انظر: Déc no. 92-305 du 21 févr. 1992, Recueil, op. cit., p. 483.

وفى مجال قانون العقوبات قرر المجلس الدستورى عدم دستورية النص الذى يمتنع فيه المشرع عن تحديد الجرائم بصورة كافية، ممايمس مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات[١]. واستخلص جانب من الفقه الدستورى من موقف المجلس الدستورى أن المشرع الدستورى وقد خول المشرع العادى عددا من الاختصاصات، فلا يجوز لهذا الأخير أن ينكرها وإلا أصبح مخالفا لمبدأ الفصل بين السلطات[٢].

ومن المقرر أنه لا يجوز تبرير امتناع المشرع بممارسته سلطته التقديريه التى تعتبر بمنأى عن الرقابة الدستورية، ذلك أن السلطة التقديرية يجب ألا تكون سلطة تحكمية، فهى لا تمارس بعيدا عن الشرعية. والرقابة على امتناع المشرع لا تتحقق على أية حال إلا عندما يفرض الدستور التزاما على المشرع باتخاذ موقف معين فيخالف هذا الالتزام[٣].

وقد أصدرت المحكمة الدستورية الإيطالية فى هذا الشأن حكما شهيرا سنة ١٩٧١ يتعلق بحق المدافع فى الحضور أثناء استجواب المتهم فى مرحلة التحقيق، مؤكدة أن إعلانها بعدم دستورية المادة ٣٠٤ مكررا من قانون الإجراءات الجنائية بصفة جزئية قد أصدرته بحكم سلطتها التى أملت عليها إلغاء القواعد المخالفة للدستور، وذلك لأن إغفال المشرع النص على هذا الحق يعتبر مخالفا للمبادئ الدستورية، باعتبار أن هذا الإغفال يمس الضمانات التى أكدها الدستور. ويتضح من هذا الحكم أن المحكمة مارست رقابتها الدستورية على نص تشريعى فاستخلصت معناه فى ضوء إغفال الإشارة إلى هذا الحق. وقالت المحكمة إن محل الحكم هو القاعدة القانونية التى حكم بإعلان عدم دستوريتها جزئيا وليس مجرد امتناع المشرع[٤]. ويتبين من استقراء الفقه والقضاء فى إيطاليا أن المشكلة لا تتعلق بالرقابة الدستورية على امتناع المشرع عن وضع قاعدة قانونية معينة، وإنما تتعلق بحدود سلطتها فى الرقابة. وقد التجأت المحكمة الدستورية الإيطالية إلى عدة وسائل فنية فى التفسير لتمكينها من الرقابة الدستورية للقواعد القانونية فى ضوء امتناع المشرع عن النص على بعض الأحكام القانونية. ومن هذه الوسائل، الأحكام المضيفة "Arrêts additifs"، وهذا النوع من الأحكام يندرج تحت

(١) 84-176 Dc du 25 juillet 1984, Rec. ss.

(٢) G. Schmitter, op. cit., p.148.

(٣) G. Schmitter, op. cit., p.164.

(٤) انظر: Thierry Di Manno, op. cit., p.236 ,237.

ما يسمى بالأحكام التى تعتمد على الالتفـاف حول معنى النص دون المساس بتكوينه الشكلى . ويستخـدم هـذا النـوع من الأحكام فى الفـروض التى يكـون فيهـا النطـاق القاعدى للنص أقل ممـا يجب أن يكون عليه حتى يتفق مع أحكام الـدستور. وقد قيل بأن الأحكام المضيفـة تعلن عدم دستوريـة إغفال أمر كـان يجب أن يتضمنه التشريع . وبعبارة أخـرى ، فإن عدم الدستوريـة يرجع لا لأن القانـون نص على أمر معين ، وإنما لأنـه لم ينص على هذا الأمـر[1]. فما تدينـه المحكمة الدستـورية هـو سكوت التشريع "Silence de la loi" . مثال ذلـك ، الحكم الصادر فى سنـة ١٩٦٣ بدستـورية المادة ١١/ ١ من القانون رقم ١٩٥ لسنة ١٩٥٨ بـإنشاء مجلس القضاء الأعلى . فقد اشترطت هذه المادة بشأن بحث شئون رجال القضاء أن يكون ذلك بناء على طلب وزير العدل . ففى هذا الخصـوص لا يعتبر النص التشريعى المذكور مخالفا للدستـور، إلا إذا استبعد ضمنا حق المجلس ذاتـه من تلقاء نفسه فى بحث شئون رجـال القضاء ، ولهذا أعلنت المحكمـة حق مجلس القضـاء الأعلى فى أن يبحث من تلقـاء نفسـه شئـون رجـال القضاء[2]، وفسرت المحكمـة بما يضيف إلى هـذا النقص"Additifs" وتأويله بـأنه لا يطمس حق المجلس من تلقـاء نفسه فى أن يبحث شئـون رجال القضـاء . ومن ناحيـة أخرى ، فـإن الأحكام المضيفة لا تقتصر على إدانـة إغفال المشرع ، وإنما قـد تعمل على إصلاحها أو إعطاء النص تفسيرا يعالج هذا الإغفال بما يتفق مع الدستور لتبرير الحكم برفض دعوى الدستورية . مثال ذلك ، ما قضت بـه المحكمة الدستورية الإيطالية سنة ١٩٩٤ بشأن المادة ٤١٩ من قانون الإجراءات الجنـائية الصادر سنة ١٩٨٨ ، فى الفقرة

---

(١) وقد لـوحظ أن المحكمة الدستـورية تعلن عـدم دستورية التشريع فى الجزء الـذى لم ينص عليه التشريع ، خلافا لما كان يجب عليه أن يتضمنه . وقد استخدمت أحكام المحكمة عدة اصطلاحات مختلفة ، مثل عدم دستوريـة النص الذى شـابه إغفال تشريعى لأمـر معين ، أو النص الذى لم يتضمن هـذا الأمر، أو النص الذى لم يمتد إلى هذا الأمر، أو لم يستبعد هذا الأمر، أو لم يواجهه ، أو لم يضعه موضع الاعتبار، أو لم يقيده ، أو لم يلاحظه . (انظر فى ذلك أحكاما مختلفة صدرت فى الفترة ما بين سنة ١٩٨٧ و سنة ١٩٩٥).

(٢) هو الحكم رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦٣ انظر: Thierry di Manno, op. cit., p.240.

وقد حكم أيضـا بعدم دستورية نص المادة ٣٤/ ٢ مـن المرسوم الصادر سنة ١٩٤٦ بشأن ضمانـات رجال القضاء الذى لا يجيـز للقاضى المحال إلى مجلس التأديب إلا أن يستعين بأحد رجال القضاء للـدفاع عنه ، وذلك لأنـه لم يخول المجلس سلطة تعيين مدافـع عنه من رجـال القضاء إذا عجز المحـال إلى المجلس عن وجود من يستعين به للدفاع عنه .

انظر: Thierry Di Manno, p.244.

الثالثة من هذه المادة بشأن المدة التى يتعين فيها على النيابة العامة إرسال ملف التحقيق التكميلى الذى قامت به بعد تقديم طلب إلى قاضى الإحالة لمحاكمة المتهم، الأمر الذى يعتبر مساسا بحقوق الدفاع المقررة فى المادة ٢٤ من الدستور الإيطالى، مما يحول دون تقديم دفاع المتهم أمام قاضى الإحالة الذى تنظر الدعوى أمامه على وجه السرعة. إلا أن المحكمة الدستورية رفضت الدعوى الدستورية استنادا إلى بقية مواد قانون الإجراءات الجنائية التى تضمن شفوية المرافعة فى حضور الخصوم، وقالت المحكمة الدستورية أنه إذا أحيل ملف التحقيق التكميلى فى مدة لا تسمح للدفاع بإعداد دفاعه، فإنه يتعين على قاضى الإحالة معالجة الموضوع بطريقة تحقق التوازن بين سرعة الإجراءات، وضمان فاعلية شفوية المرافعة فى حضور الخصوم[1].

وقد قضت المحكمة الدستورية البلغارية بأن كلاً من الدستور والقانون لا يجيز الرقابة الدستورية على مجرد امتناع المشرع، ولا محل للرقابة إلا على العيوب الدستورية التى تشوب القواعد القانونية بسبب امتناع المشرع، مثال ذلك، الحكم بعدم دستورية قانون الموازنة بسبب رفض المجلس فى إطار موازنة القضاء وضع ميزانية مستقلة لمجلس القضاء الأعلى[2].

٧٨- الرقابة الدستورية غير المباشرة على امتناع المشرع فى مصر

أما فى مصر، فإن المحكمة الدستورية العليا لم تراقب إغفال المشرع معالجة وضع معين طبقا للدستور فى حد ذاته، وإنما انصبت رقابتها على النص التشريعى فى ضوء الإغفال التشريعى. مثال ذلك، ما قضت به فى أول أكتوبر سنة ١٩٩٤ من عدم دستورية المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٤٥٠ لسنة ١٩٨٦ بإنشاء محميات طبيعية بمنطقة جبل علبة بالبحر الأحمر وذلك فيما تضمنته من عدم تعيين الحدود التى تبين النطاق المكانى لتلك المحميات. ويلاحظ أن إغفال القرار اللائحى المذكور لحدود النطاق المكانى للمحميات الطبيعية المشار إليها فى هذا القرار جاء مخالفا لمبدأ

---

(١) انظر أيضا: Thierry Di Manno, p.250.

(٢) Décision No.17/1995, (Karagiozovo - Finkovo, la justice constitutionnelle en Europe centrale, p.25,26.

شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليه فى المادة ٦٦ من الدستور لأنه يؤدى إلى عدم ذكر الأفعال التى جرمها القانون[١]. إلا أن المحكمة الدستورية أشارت فى أسباب حكمها إلى ما مؤداه أن نشر الخريطة يعتبر من الأعمال المكونة للتشريع[٢]، وهو محل نظر.

ومن ناحية أخرى، قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ لخلوه مما يحتم سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق، تأسسا على أن هذا الخلو يجعل مضمونه دائرا فى الفراغ، ولا يجوز أن ينبنى عليه اتهام[٣]. وواضح من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية العليا قد أدانت إغفال المشرع تقرير حق دستورى لما يترتب على هذا الإغفال من تشويه مضمون النص، فامتد بذلك عدم الدستورية إلى إغفال المشرع للنص على وجوب سماع العضو. ويتمثل تنفيذ هذا الحكم فى دعوة المشرع إلى إيراد نص بهذا المعنى. ولكننا نلاحظ على الحكم المذكور أن المبادئ العامة تحتم سماع أقوال العضو المحال إلى التحقيق، وكان يتعين على المحكمة استيفاء عدم النص على ذلك صراحة فى ضوء القواعد العامة، وخاصة أن إغفال سماع العضو لا يعنى المنع. كما قضت المحكمة الدستورية العليا فى ٢٠ مارس سنة ١٩٩٣ برفض الدعوى الدستورية القائمة على عدم صدور قرار من وزير الإسكان والتعمير بحد نطاق سريان أحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن، وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على القرى، مما أدى إلى حرمان سكان القرى من الحماية القانونية المقررة لسكان المدن، الأمر الذى يعتبر إخلالا بمبدأ المساواة؛ فقد رأت المحكمة أن الطعن ينصب على القاعدة القانونية التى تسمح للمشرع بأن يمد نطاق أحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ كلها أو بعضها إلى القرى، وأن هذا الامتداد تحكمه حالة الضرورة المرتبطة بأوضاع كل قرية وظروفها الخاصة، ذلك خلافا للمدن التى أفصح الواقع العملى عن أن أزمة الإسكان واقعة أصلا فى نطاقها، وأن ما فعله المشرع يدخل فى حدود سلطته

---

(١) انظر الحكم المذكور فى مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٢٨ ص ٣٥٨. ويلاحظ أن إغفال النطاق المكانى للمحميات فى قرار رئيس مجلس الوزراء كان راجعا إلى عدم نشر الخريطة التى أحال إليها القرار.

(٢) دستورية عليا فى ١٩ مارس سنة ١٩٩٨، القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٢ فى ١٩ مارس سنة ١٩٩٨.

(٣) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨ القضية رقم ١٦٢ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (١٢) فى ١٩ مارس سنة ١٩٩٨.

التقديريـة ، فضلا عن أن النص المطعون عليه لا يخل بمبدأ المسـاواة ، نظرا لأن التمييز الذى تضمنه جاء فى إطار المصلحة العامة ، ومستندا إلى أسس موضوعية[1]. ويلاحظ على هذا الحكم أن الإغفـال التشريعى عن مد أحكـام القانـون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لم تعتبره المحكمة الـدستوريـة العليا مـؤثرا فى دستوريـة القانـون المذكور لـلأسباب التى أوردتها ، وهو ما يفيـد أن المحكمة مارست رقابتها على نصوص القـانون المذكور لا على الإغفال التشريعى ذاته الخاص بمد أحكام القانون إلى القرى .

وقضت المحكمة الدستـورية العليا بعدم دستورية المادة ١٣ من قـانون حماية الآثار الصادر بـالقانون رقم ١١١ لسنـة ١٩٨٣ فى مجال تطبيقها على الملكيـة الخاصة ، وذلك فيما لم تتضمنه من تعـويض للمالك عن اعتبار ملكـه أثرا ، على أساس أن المادة الـرابعة من القانون المذكـور اعتبرت مبان أثرية المبـانى التى اعتبرت كذلك وسجلت بمقتضى قرارات أو أوامر سابقة ، وحظر نص المادة ١٣ المطعون عليه هدم العقار الذى اعتبر أثرا ـ كلـه أو بعضه ـ أو إخراج جـزء منه من جمهـورية مصر العـربية ، ليمتنع على مـالكه استعماله فى كل ما أعد له أو ما يمكن أن يستعمل فيه ، أو الحصول على أى مزية يمكن أن تتحقق من تصدير جزء منه إلى الخارج ، كما غل يده عن تجديد العقار أو تغيير معالمه على أى وجه إلا بموافقة الجهة الإدارية القائمة على شئـون الآثار، وبالطريقة التى تراها وبناء على ترخيص منهـا كما أوجب الحصول على موافقة كتابيـة من تلك الجهة عن كل تصرف يـرد على العقار لتبـدى رأيها فيه خـلال أجل معين يعتبر انقضاؤه بغير رد منهـا بمثابة قرار برفض التصرف ، منتهكا بذلك حرية المالك فى التصرف فى ملكه ، كما أطلق يد الجهـة المذكورة فى أن تبـاشر فى أى وقت على نفقتها ما تـراه من أعمال لازمة لصيـانة الأثر. وقـالت المحكمة الدستـورية العليا إنـه متى كان النص الطعين قـد عطل ـ دون تعويض ـ كل خيـار لمالك العقار فى توجيهه الوجهة التى يقـدر أنها فى صالحه ، حائلا بـذلك دون الانتفاع بـه اقتصـاديا فى الأغـراض المقصـودة منـه ، فإنه يتمحض تـدميرا للملكية الخاصة لا تسامح فيه أيـا كان نطاق المصلحة التى يتذرع بها المشرع ، ذلك أن مشروعية المصلحة تحدها قواعد الدستور، إذ هى مدخلها وقاعدة بنيانها ، ولا يتصور أن تقوم مصلحة على خلافها[2].

---

(١) انظر مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ ، (المجلد الثانى) قاعدة رقم ١٩ ص ٢٢٦ .

(٢) دستوريـة عليا فى ٢ مـايو سنة ١٩٩٩ فى القضيـة رقم ١٨٢ لسنة ١٩ قضائيـة «دستوريـة»، ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا فى هذا الحكم قد نوهت إلى أمرين : (الأول) أن المشرع قيد من دائرة التعويض، فهو لم يقرره إلا لصالح الجهة الإدارية وحـدها وفى الحالة المنصوص عليها فى البند (٤) من المادة ١٣ من =

واستقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز مد رقابتها الدستورية على التشريعات الصادرة قبل التعديل الدستورى فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ بسبب عدم الالتزام بما نصت عليه المادة الثانية من الدستور فى ضوء التعديل المذكور من أن مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع، استنادا إلى أن الدستور ـ واعتبارا من تاريخ العمل بهذا التعديل ـ قد أتى بقيد على السلطة التشريعية مؤداه إلزامها فيما تقره من النصوص التشريعية بأن تكون غير مناقضة لمبادئ الشريعة الإسلامية. بعد أن اعتبرها الدستور أصلا يتعين أن ترد إليه هذه النصوص أو تستمد منه لضمان توافقها مع مقتضاه، ودون ما إخلال بالضوابط الأخرى التى فرضها الدستور على السلطة التشريعية، ولأنه من المقرر كذلك أن كل مصدر ترد إليه النصوص التشريعية أو تكون نابعة منه، يتعين بالضرورة أن يكون سابقا فى وجوده على هذه النصوص ذاتها. وعلى هذا النحو تكون المحكمة الدستورية العليا قد حددت مناط رقابتها الدستورية على التشريع الذى أغفل عدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية، بقيد زمنى هو صدوره بعد العمل بالتعديل الدستورى سنة ١٩٨٠(١).

ويلاحظ على هذا القضاء المستقر أنه لم يراقب امتناع المشرع بعد التعديل الدستورى لسنة ١٩٨٠ بعدم توفيق أوضاع التشريعات بما يتفق مع أحكام المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها. هذا بخلاف ما اتبعته المحكمة الدستورية العليا بشأن التشريعات السابقة على العمل بالدستور الحالى الصادر لسنة ١٩٧١ فقد مارست عليها رقابتها الدستورية تأسيسا على واجب المشرع فى الالتزام بأحكام الدستور الجديد وإجراء التعديلات المناسبة على هذه التشريعات بما يتفق مع أحكام هذا الدستور(٢).

= القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٨٣ دالا بذلك على قصد المغايرة فى الحكم بين تلك الحالة وبين الحالات الأخرى التى نص عليها. (الثانى) أن الحماية التى كفلها الدستور للملكية الخاصة تفترض ألا ترهق القيود التى يفرضها المشرع عليها ـ فى إطار وظيفتها الاجتماعية ـ جوهر بنيانها، وألا يكون من شأنها تعطيل الانتفاع بها بما يفقدها علة وجودها، وينحدر بالحماية المقررة لها إلى ما يفرغها من مضمونها.

(١) دستورية عليا فى ٢٧ مايو سنة ١٩٨٩، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٤ قاعدة رقم ٣٢ ص ٤٨، ١٦ مايو سنة، ٥ سبتمبر سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الثانى)، القاعدتان رقم ٣، ٤ ص ٣١ و ٤٠.

(٢) مثال ذلك، حكم المحكمة بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ (دستورية عليا فى ٢ يونية سنة ١٩٨٤ فى القضية رقم ٥ لسنة ٤ قضائية، الجريدة الرسمية فى ١٤ يونية سنة ١٩٨٤ العدد ٢٤، وعدم دستورية المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم (٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ العدد ٢، وعدم دستورية المادة ٣٠٢ من قانون العقوبات (٦ =

فضلا عن أن مـواد دستور ١٩٧١ الصالحة للتطبيق مبـاشرة قد نسخت بقوة الـدستور التشريعات السابقة عليها .

ومن ناحية أخرى يلاحظ أن الرقـابة الدستورية على التشريعات السابقة على الدستور انصبت على معنى القواعـد المنصوص عليها فى هذه التشريعـات فى ضوء إغفال المشرع لتعديلهـا بما يتفق مع أحكـام الدستور. فلم يكـن الإغفال التشريعى فى حـد ذاته محلا للرقابة، وإنما كانت القواعد المستخلصة من نصوص التشريع فى ضوء هذا الإغفال، هى وحدها محل الرقابة الدستورية . على أساس أنها إما نسخت بقوة قواعـد الدستور اللاحقة عليها إن كانت صالحة للتطبيق مباشرة أو أصبحت غير متفقة مع قواعده المعمول بها ؛ مما يخلق تناقضا بين التشريع والدستور يتعين على المشرع أن يبادر برفعه[1].

ويلاحظ أن الـرقابة الـدستوريـة غير المباشرة على امتناع المشرع لا تـؤدى إلى بطلان النص التشريعى فى مواد التجـريم والعقاب احترامـا لمبدأ الشرعية الجنـائية التى تقضى بأنه لا جـريمة ولا عقـوبة إلا بناء على نص تشريعى سـابق، إذا كان المغـزى من هذه الرقابة فرض جريمة أو عقوبة جديدة أغفلها المشرع[2]، إذ لا يترتب على هذا البطلان استحداث تجريم أو عقـاب لم يرد به نص تشريعى، لأن المحكمة الـدستورية برقـابتها على امتنـاع المشرع لا يمكن أن تستحـدث نصـا تشريعيـا بأثـر رجعى وإلا انقلبت إلى المشرع، فضلا عن مخالفة الأثر الرجعى للدستور.

= فبراير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٨ فبراير سنة ١٩٩٣ العدد ٧، وعـدم دستورية المادة ٢٠٨ مكـرر (أ) من قانون الإجراءات الجنـائية (فى ٥ أكتوبـر سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٧ أكتوبر العدد ٤١ .

(١) على أنه بالنسبة إلى الشكل الدستورى للتشريع السابق على دستور ١٩٧١ يُرجع فيه إلى الدستور الذى كان يحكم شكل هذا التشريع ولا يرجع إلى الدستور الحالى. (دستورية عليا فى ٥ فبراير سنة ١٩٨٣ القضية رقم ١٨ لسنة ١ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٢ ص ٧٧).

(٢) وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية الأسبانية بعـدم قبول الدعوى المباشرة المرفوعة من أحد الأفراد amparo طعنا على دستـورية المادة ٤٨٧ مكررا من قانـون العقوبات الأسبـانى التى تعاقب كل شخص يتوقف عن التأمين عن أحـد أبنائه المكلف برعـايتهم بناء على صلح قضائى أو حكم قضـائى، فى أحوال الانفصال القانونى، أو الطلاق، أو إبطال عقد الزواج. وكان مبنى الطعن الإخلال بمبدأ المساواة بالنسبة للأبناء المولودين خـارج عقد الزواج. فقد قضت المحكمة الدستورية الأسبـانية أن إغفال المشرع هذا النوع من الأبناء يعتبر مخالفا للدستـور، إلا أنه لا يمكن تقريره لأنه لا يمكـن للمحكمة العـادية فى حالة الحكم بعدم الـدستورية أن تقضى بعقوبـة على من يغفل التأمين على هذا النوع الأخير من الأبناء، وذلك التـزاما بمبدأ الشرعية الجنـائية التى تتطلب وجود نص تشريعى سابق. (الحكـم رقم ٧٤ لسنة ١٩٩٧ الصـادر فى ٢١ إبريل سنة ١٩٩٧). وقد أكـدت المحكمة الدستورية الأسبانية هذا المبـدأ فى قضية مماثلة (الحكم رقم ٦٧ لسنة ١٩٩٨ الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٩٨)

انظر: Annuaire International de Justice constitutionnelle 1998, pp. 728-730.

الفصل الثانى

منهـــج الرقابـــة الدستوريـــة

٧٩ـ تمهيد

يتحدد منهج الرقابة الدستورية فى ضوء ثلاثة عوامل :

(١) ذاتية الـرقابة الدستـورية التى تتحدد من خلال المواءمـة بين القواعد الدستـورية ، والقواعد التشريعية .

(٢) المرجعية الدستورية التى تستند إليها الرقابة .

(٣) الوسائل الفنية لتفسير القواعد التشريعية .

وفيما يلى ندرس كلا من هذه العوامل .

المبحث الأول
ذاتية الرقابة الدستورية

٨٠ـ دور المحكمة الدستورية

● المواءمة بين النصوص الدستورية والنصوص التشريعية :

تتحدد ذاتية الرقابة الدستورية من خلال دورها فى المواءمة بين نصوص الدستور والنصوص التشريعية المطعون عليها ،ويستند هذا الدور على محورين ؛ أحدهما يتعلق بتفسير النصوص الدستورية ، والثانى يتعلق بتفسير النصوص التشريعية المطعون عليها . وينصب هذا التفسير على المضمون القاعدى «contenu mormatif» ، وعلة ذلك أن الرقابة التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا على الشرعية الدستورية تنصب على التعارض بين القواعد القانونية الواردة فى كل من النصوص الدستورية والنصوص التشريعية المطعون عليها . فلا شأن لهذه الرقابة بالتعارض بين قاعدتين واردتين فى نصين قانونين أيا كان موضعهما ، وإنما مناطها الفصل فيما يدعى به من مخالفة النصوص القانونية أيًا كانت الجهة التى أقرتها أو أصدرتها ، لنصوص الدستور [١].

فالتفسير ـ على هذا النحو ـ يحتل موقعا هاما فى الرقابة الدستوية . فهو عملية لازمة حتمية لا مفر منها ولا يمكن تجنبها حتى تباشر المحكمة سلطتها فى الرقابة من خلال وضوح قانونى باهر. ويعتمد التفسير أمام القضاء العادى بوجه عام على قطبين ، أولهما هو القانون ، وثانيهما هو الحالة المعروضة على المحكمة لمعالجتها طبقا للقانون . أما فى نطاق الرقابة الدستورية ، فإن القطب الأول يتمثل فى الدستور، بينما يتمثل القطب الثانى فى النص التشريعى المطعون عليه ؛ فهو الحالة المعروضة على المحكمة الدستورية

---

(١) دستورية عليا فى ٩ مايو سنة ١٩٩٨ ، القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٢ فى ٢١ مايو سنة ١٩٩٨ .

لمعالجتها طبقا للقانون . ومن هنا يتضح أن المحكمة الدستورية تقوم بنشاط مزدوج فى التفسير، أحدهما يتم على جبهة الدستور، وثانيهما يتم على جبهة التشريع .

● قيام المواءمة على المضمون القاعدى للنصوص :

وفى نطاق الرقابة على دستورية القوانين ، يتعين على المحكمة الدستورية أن تقيم علاقة دستورية تبدو فى العلاقة بين قاعدتين قانونيتين إحداهما دستورية[1]، والأخرى تشريعية ، فيجب أن تكون القاعدة الثانية خاضعة للقاعدة الأولى . وتنبع هذه العلاقة من خلال منطق سليم فى تفسير كل من الدستور والتشريع الذى يجب أن يتفق مع الدستور.

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر على أن المحكمة من سلطتها تفسير كل من النصوص الدستورية ، والنصوص التشريعية فى مضمونها القاعدى . وذلك حتى تستجلى مدى مطابقة التشريع للدستور من ناحية ، وحتى تتحقق أيضا مما إذا كان من الممكن تفسير النص التشريعى المطعون عليه على نحو يجنبها الحكم بعدم الدستورية[1]. ولا يكون تفسير المحكمة لهذين النوعين من النصوص إلا من خلال خصومة قضائية تدخل فى ولايتها ، وفقا للأوضاع المنصوص عليها فى قانونها[2].

والتطابق الذى تتحراه المحكمة الدستورية بين القاعدتين : الدستورية والتشريعية ، هو الذى ينصرف إلى معنى كل من القاعدتين . فالرقابة الدستورية تتطلب عملية فكرية حول معنيين يجب أن يتم التوافق بينهما حتى تتصف القاعدة التشريعية بالدستورية . ولاشك أن هذه العملية الفكرية تنطوى على عملية مزدوجة فى التفسير للوصول إلى معنى كل من الدستور والقانون . فمحل الرقابة هو مدى الاتفاق بين معنيين لا بين النصوص فى شكلها اللفظى أو فى قوتها الإلزامية .

● ازدواج عملية المواءمة :

ومع ذلك ، فإن العملية المزدوجة فى التفسير لا تتم دائما على مستوى واحد من

---

(١) ينصرف المراد بالقاعدة الدستورية فى هذا الصدد إلى كل من المبدأ الدستورى والقاعدة بمعناها الضيق .

(٢) وهذا ما سارت عليه المحكمة الدستورية الإيطالية من قبل . انظر:

T. Di Manno; La juge constitutionnel et la technique de décisions " interprétatives " en France et en Italie, Economica, 1997, p. 39.

(٣) انظر دستورية عليا فى ٥ فبراير سنة ١٩٩٤ مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم١٥ ص ١٤٠ .

حيث العناصر، إذ يجب التمييز بين الدستورية من حيث الموضوع، والدستورية من حيث الشكل. ففى النوع الأول من الدستورية، ينصرف النشاط التفسيرى إلى كل من مضمون الدستور والتشريع. وفى النوع الثانى من الدستورية، يتركز النشاط التفسيرى على مضمون الدستور وحده من حيث إجراءات تكوين التشريع، دون محاولة تفسير مضمون التشريع؛ لأن مهمة المحكمة تقتصر فى هذه الحالة على معرفة ما إذا كان التشريع قد صدر بناء على الإجراءات التى حددها الدستور لقيامه من الناحية الشكلية.

٨١ـ ذاتية الرقابة التى تباشرها المحكمة الدستورية

يتميز التفسير الذى تباشره المحكمة الدستورية بمجموعة من الضوابط الذاتية التى تفرضها المحكمة الدستورية العليا على نفسها، ولا تقتضيها من جهة أيا كان علوها لتحد بها حركتها. وتتمثل هذه الضوابط فيما يلى:

(أولا): استقلال المحكمة الدستورية فى سلطتها الرقابية عن سلطة المحكمة العادية ـ أو محكمة النقض ـ التى أحالت إليها الدعوى الدستورية أو رخصت برفعها أمامها. فإذا كان اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية غير مقيد برؤية محكمة الموضوع حول شبهة الدستورية [1]، فإن المحكمة الدستورية تستقل بتحديد مضمون ونطاق القاعدة القانونية محل النزاع من خلال النصوص المطعون عليها، حتى تبين مدى مطابقتها مع القاعدة الدستورية. ولا يعنى ذلك أن المحكمة الدستورية تقع فى قمة التنظيم القضائى لجميع المحاكم، وإنما جاء ذلك لعلة خاصة تتفق مع وظيفة المحكمة الدستورية فهى قاضى الدستور، بخلاف المحكمة العادية التى تعتبر قاضيا

---

(١) ومع ذلك ذهب البعض من الفقه الإيطالى إلى هذا الاتجاه بناء على ما رآه من أن موضوع الدعوى الدستورية هو تفسير النص المطعون عليه فى نظر محكمة الموضوع. انظر:

I D., "La saisine de la cour constitutionnelle Itaienne par voie d'exception," Revue française de droit constitutionnel, 4 - 1990, p.684 et s.

وفضلا عن عدم سلامة هذا الرأى، فإنه ينتهى إلى اعتبار الدعوى الدستورية تحت رحمة محكمة الموضوع التى تتقيد بتفسير هذه المحكمة والذى قد يتناقض مع تفسير غيرها من محاكم الموضوع أو يتناقض مع محكمة النقض. ومن ثم فهو رأى من شأنه أن يشوه الدعوى الدستورية.

(T.Di Manno, op. cit., p.42.)

للتشريع . وإذا كانت محكمة النقض بحكم سموها فى النظام القضائى تعمل على توحيد كلمة القانون، فإن المحكمة الدستورية بحكم وظيفتها تعمل على وحدة النظام القانونى مع الدستور[١].

وهنا تثور شبهة احتمال حدوث توتر بين القضاء العادى والقضاء الدستورى، نظرا إلى أن إحالة المسألة الدستورية إلى القضاء الدستورى، يتوقف على مشيئة المحكمة العادية[٢]. وقد لوحظ أن هذه الشبهة ترجع إلى عاملين أساسيين، أولهما: خشية القضاء العادى من حدوث فراغ تشريعى يخل بالأمن القانونى بسبب بعض أحكام المحكمة الدستورية. وثانيهما: امتناع القضاء العادى عن إحالة المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا تأسيسا على أن شبهة عدم الدستورية لا تقوم على أساس واضح. وقد لوحظ فى إيطاليا أن محكمة النقض قلما تحيل المسائل الدستورية إلى المحكمة الدستورية[٣].

والواقع أنه لا محل لحدوث هذا التوتر بين القضاء العادى، والقضاء الدستورى؛ لأن مهمة كل منهما تختلف عن الأخرى؛ فالأول يطبق التشريع، والثانى يطبق الدستور، دون إخلال بسلطة كل من القضاءين بتفسير الدستور والتشريع. وفى صدد الدستور لاشك أن وحدة النظام القانونى حول الدستور تتطلب إعطاء الكلمة العليا للمحكمة الدستورية.

فقه القانون الحى:

وفى صدد تفسير التشريع ظهر فى إيطاليا فقه القانون الحى "La doctrine du droit vivant". بسبب ما أولته المحكمة الدستورية الإيطالية منذ سنواتها الأولى من اهتمام خاص بالتفسير الذى يعطيه القضاء العادى للتشريعات الخاضعة لرقابتها، وذهبت إلى أنه ليس هناك من شك فى أنه بصدد الدعوى الدستورية ينبغى على المحكمة الدستورية أن تلتزم بالمبادئ الصادرة عن الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض، وكذلك قضاء المحاكم الإدارية العليا ومحكمة المحاسبات[٤]. كما اتجه المجلس

---

(١) T.Di Manno, op. cit., p.121 - 124.

(٢) Thierry Di Manno, op. cit., p.114,118.

(٣) Thierry Di Manno, op. cit., p.117,118.

(٤) انظر: Gustave Zagrereblsy, la doctrine vivant, Annuaire, op. cit., 1986, pp.ss et ss.

الدستـورى الفرنسى كـذلك إلى الأخذ بفقه القـانون الحى، فطبقه بمنـاسبة رقـابته على دستورية تشريعات معدلة لتشريعات سـابقة حدد القضاء العادى معناها(1). على أن المحكمة الدستوريـة حين تعتمد تفسير القضاء العادى للتشريع تفعل ذلك على سبيل الاستثنـاء فى مقـام تحديد معنى النص التشريعـى المطعون عليـه، وتحتفظ بسلطتهـا فى تقدير مدى مطـابقة هذا التفسير للدستور. وبعبارة أخـرى، فإن التفسير الذى تستقر عليه محكمـة النقض للنص التشريعى يفيد المحكمـة الدستوريـة ـ وإن لم يقيدهـا ـ فى تحديد معنى النص التشريعى محل الطعن، إلا أن تقـدير مدى اتفـاق هذا التفسير من عدمه مع الدستور تنفرد به المحكمة الدستورية لتقول فيه كلمتها.

كما أن المحكمة الـدستورية من خلال سلطـاتها فى إزالة عقبات التنفيـذ تملك طبقا لقانونها أن تزيل هذه العقبة بحكم يقضى بالاستمرار فى التنفيذ. وهو مجال لقيام التوتر بين القضاء الدستـورى والقضاء العادى حين تكون عقبة التنفيـذ متمثلة فى حكم بات صادر من محكمة النقض. إلا أن التسليم بسيادة القانون كأساس للحكم فى الدولة هو أكبر ضمان لإزالة شبهة هذا التوتر(2).

(ثانيـا) تمارس المحكمة الدستـورية رقابتهـا استقلالا عن المشرع، فـلا يجوز لها أن تتدخل فى سلطتـه التقديريـة وليس لها أن تحل تقديـرها محل تقديـر البرلمان. وعليها فى ذات الوقت تجنب التوتـر الذى قد ينشأ بينها وبين السلطة التشريعيـة. فعندما أنشئت المحكمة الـدستورية فى إيطـاليا لم يخف الفقه فى إيطـاليا قلقه من احتمال حـدوث هذا التوتر، وكـذلك الأمر فى فرنسا عنـدما أنشئ المجلس الدستورى. إلا أن كيفيـة ممارسة هذه الـرقابة من شأنها أن تحدث التـوافق بين الاثنين. ويجب التمييز بين عوامل التـوتر الناشئة عن وظيفة المحكمـة الدستورية، والعوامل الناشئة عن كل من موضـوع الرقابة ونطاقها(3).

فبالنسبـة إلى عامل التـوتر النـاشئ عن وظيفة المحكمـة الدستـورية، فترجع إلى أن الـرقـابــة الـدستـوريـة أزالت السلطـان المطلـق للمشرع على التشريع. فمنطق المبـدأ

---

(1) انظر: Décision no. 96-377 Dc du 16 juillet 1966, Recueil de juris. const. (1994-1997), p.67.
وانظر: Alexandre Viala, op. cit., p. 279 etc.

(2) انظر دستورية عليا فى 3 أكتوبر سنة 1998، القضية رقم 1 لسنة 19 قضائية «منازعة تنفيذ دستورية».

(3) Thierry Di Manno, op. cit., p.96 - 106.
وانظر فيما بعد ص 249.

الديمقراطي يتطلب تركيز السلطة فى أيدى غالبية الشعب . كما أن منطق النظام النيابى يتطلب تركيز هذه السلطة فى أيدى ممثلى الأغلبية . إلا أن منطق سيادة القانون وهو الوجه الآخر للديمقراطية ـ يتطلب حماية الحقوق والحريات فى مواجهة أخطار تحكم الأغلبية . وإذا كانت حماية هذه الحقوق والحريات تتطلب أن يستأثر بحمايتها المشرع، فإن هذا الضمان يتطلب لصلابته أن يخضع للرقابة الدستورية ، لأن التشريع يجب أن يكون متفقا مع الدستور. وإذا كان التشريع بطبيعته عملا سياسيا ، فإن الرقابة الدستورية هى عمل قانونى، والاثنان معا يكونان مزيجا من ثقافة سياسية قانونية، تؤكد أن السياسة والقانون عالمان لا ينفصلان. فالمحكمة ملزمة باحترام السلطة التقديرية للمشرع، ولا يجوز لها أن تراقب الملاءمة التى يمارسها المشرع عند إصدار القواعد القانونية[1]. إلا أن هذه الرقابة تبدو واجبة فى الحالات التى يلتزم فيها المشرع بالتدخل بالقدر الضرورى ومع مراعاة التناسب لضمان توافر التوازن بين الحقوق والحريات من جهة، وبين المصلحة العامة؛ باعتبار أن هذا التوازن هو جوهر نظام الحماية الدستورية، وذلك إذا كان انتفاء الضرورة أو التناسب واضحا [2].

أما بالنسبة إلى عامل التوتر الناشئ عن موضوع الرقابة الدستورية ، فإنه يتحقق عندما تراقب المحكمة الدستورية مدى اتفاق التشريع مع الدستور. ولا يبدو هذا التوتر عند الرقابة على شكل التشريع ، لأن مراقبة مدى صدوره وفقا للإجراءات التى نص عليها الدستور لا ينطوى على أى صدام مع إرادة المشرع . وقد حاول كلسن Kelsen التخفيف من احتمالات هذا الصدام باشتراط أن تقتصر ممارسة المحكمة الدستورية لرقابتها على التشريع على مقارنتها بالنصوص المحددة فى الدستور دون ما يتضمنه الدستور من أفكار عامة . إلا أن هذا الرأى لا يتفق مع طبيعة الدستور بوصفه أساسا للنظام القانونى بأسره، فالدستور يحتوى إما على نصوص محددة، أو على مجموعة من المبادئ. ولا يجوز التمييز بين الاثنين من حيث الرقابة الدستورية، فكلاهما جزء لا يتجزأ من الوثيقة الدستورية ويحمل ذات القيمة الدستورية . فالاختلاف بين الاثنين لا يحول دون بحث العلاقة الدستورية بين القاعدة التشريعية أو استخلاص القاعدة من المبدأ الدستورى، حتى يمكن تحديد العلاقة بين أمرين من جنس واحد .

---

(١) انظر فى تطبيقات القضاء الدستورى الإيطالى

Roland Ricci, le procés constitutionnelle en Italie, Economica, 1996, p.65.

(٢) انظر ذلك فيما بعد فى الفصل الأول من الباب الثانى بالقسم الأول من الجزء الثانى من هذا الكتاب .

أما عن عامل التوتر الناشئ عن نطاق الرقابة، فيبدو من اضطرار المحكمة بحكم وظيفتها إلى إقحام نفسها فى الجدل السياسى؛ لا لكى تحكم بمعيار سياسى، وإنما لكى تحكم وفقا لمنهج قانونى لوضع حل لنزاع سياسى. ولاشك أن النطاق السياسى لتدخل المحكمة الدستورية عند مباشرة وظيفتها هو مصدر هذا التوتر، إلا أن درجته تختلف باختلاف وقت تدخل المحكمة. فهى تبلغ حدا من الجسامة فى الرقابة السابقة قبل أن تجف مداد مشروع القانون الذى أقره البرلمان، ولكنها تخف حدتها فى الرقابة اللاحقة وتقل هذه الحدة كلما نظرت المحكمة الدعوى فى وقت يبتعد عن وقت صدور التشريع المطعون فى دستوريته.

وقد لوحظ بالنسبة إلى المحكمة الدستورية الإيطالية أنها مرت بثلاث فترات، الأولى فى بداية السبعينيات حيث راجعت المحكمة التشريعات الفاشية المطبقة دون أية حساسية أو توتر، لأنها تخشى إحداث صدمة للمشرع الحالى. والفترة الثانية كانت فى منتصف السبعينيات، إلا أن تأخر الفصل فى الدعاوى قلل من حدة التوتر مع المشرع. وفى المرحلة الثالثة التى بدأت فى الثمانينيات كان الفصل فى الدعاوى الدستورية خلال فترة تتراوح ما بين ثلاث وست شهور على صدور التشريع، مما أدى إلى اعتبار هذه الرقابة قريبة من الرقابة السابقة (أو المانعة) لأنه بدون إعطاء وقت كاف لتطبيق التشريع أصبحت الرقابة مجردة، حتى أن البعض بالغ واعتبرها نوعا من الخيار السياسى الذى كان مطروحا أمام البرلمان، واعتبرها البعض الآخر أشبه بالمجلس الدستورى[١].

(ثالثا): ورود الرقابة على القواعد القانونية لا على النصوص، تباشر المحكمة رقابتها على القواعد القانونية التى تستخلصها سواء من النصوص التشريعية المطعون عليها أو من نصوص الدستور المدعى مخالفتها. فالنص Disposition المطعون عليه قد يحتوى على قاعدة قانونية Norme juridique أو أكثر، وقد تستخلص القاعدة من أكثر من نص. والقاعدة هى المضمون المعنى من النص، أو بعبارة أخرى، فإن النص هو الشئ، أما القاعدة المستخلصة منه فهى المعنى. ومن ثم، فإن استظهار القاعدة القانونية لا يتم إلا من خلال عملية فكرية قوامها التفسير القائم على ضوابط معينة. وبعبارة أخرى، فإن النص يتمثل بصورة مادية قبل تفسيره، أما القاعدة القانونية فإنها

---

(١) انظر: Thierry Di Manno, op. cit., p.112.

تبدو بصورة معنوية من خلال النص بعد تفسيره . فقد يتصف النص بالغموض أو يحيطه الشك حول مضمونه مما يتعين معه تفسيره لاستخلاص القاعدة القانونية منه . وقد تستخلص القاعدة القانونية من أكثر من نص بشرط وجود ارتباط بين النصوص التى تولد منها هذه القاعدة . وقد توجد قاعدة قانونية لا تستند إلى نص، كما هو الحال فى العرف أو المبادئ العامة للقانون التى يستخلصها القاضى من مختلف عناصر النظام القانونية ، إلا أن هذا النوع من القواعد لا يصلح محلا للطعن أمام المحكمة الدستورية العليا ، لأنها تنظر الدعاوى الدستورية المنصبة على النصوص التشريعية . ويختلف دورها فى هذا الشأن عن دور محكمة الموضوع التى قد تطبق فى حدود القانون قواعد قانونية لا تستند مباشرة إلى نصوص تشريعية مكتوبة[1] .

ومن ناحية أخرى، قد توجد نصوص تشريعية لا تنطوى على قواعد قانونية ، وذلك عندما لا تتوافر فيها صفة الإلزام أو التى تخلو من صفة الإطلاق أو التجريد . ويلاحظ أن القواعد الإرشادية تعتبر قواعد قانونية وإن لم يترتب بطلان على مخالفتها ، إذا كان من شأن هذه المخالفة توقيع جزاء إدارى على الموظفين الذين قاموا بمخالفتها ، باعتبار أن هذا الجزاء يعكس صفة الإلزام فى هذه القواعد .

ومع ذلك فقد ذهب البعض إلى أن موضوع الرقابة هو النص التشريعى وليس القاعدة القانونية ، إلا أن هذا الرأى لم يصمد للنقد ذلك أن القواعد الدستورية لا يمكن مقارنتها إلا بقواعد قانونية . كما أن الاعتماد على النصوص دون القواعد القانونية المستخلصة منها سوف يسلب المحكمة سلطتها الذاتية فى التفسير ويجعلها هائمة وسط تفسيرات متضاربة للنص ، يستحيل فى ضوئها معرفة مدى مطابقة النص التشريعى للقاعدة الدستورية التى يجب أن يتفق معها[2] . فضلا عن أنه يخلط بين الطعن الذى يرد على النصوص والرقابة الدستورية التى ترد على القواعد القانونية .

(رابعا) : الأصل هو دستورية القواعد القانونية : لا تستقيم الرقابة القضائية التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا فى شأن الشرعية الدستورية ، موطئا لإبطال نصوص قانونية يحتمل مضمونها تأويلا يجنبها الوقوع فى حمأة المخالفة الدستورية ، ذلك أن هذه

---

(١) T.Di Manno, op. cit., p.54.

(٢) T.Di Manno, op. cit., p.59 - 64.

المحكمة إنما تباشر رقـابتها لضرورة تقتضيها، وهى تكون كـذلك كلما كانت النصوص المطعـون عليها عصيـة على كل تفسير يـوائم بين مضمونها وأحكـام الدستـور [١]. وقد أكدت المحكمة الدستـورية العليا ذلك فى قولها بأن الرقابة الدستـورية التى تباشرها لا تعتبر إجراء احتيـاطيا، بل ملاذا نهائيـا، وعليها بـالتالى ألا تفصل فيما يثيره الطعن على النصوص القـانونية من المسـائل الدستورية، كلما كـان بوسعها أن تتجنبهـا من خلال إسناد المخالفة المدعى بها إلى أساس آخر يستقيم عقلا معها ويصححها[٢].

فالمحكمة الدستورية عليها دوما ـ وكشرط أولى لممارستها رقابتها على الدستورية ـ أن تستوثق مما إذا كـان ممكنا تأويل النص التشريعى المطعون عليـه على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته[٣]. وهذا المنهج يتفق مع مـا اتبعه القضاء الـدستورى فى كل من ألمانيا وإيطاليـا وفرنسـا. وقد قضت المحكمة الـدستوريـة الألمانية بأن القـانون لا يعتبر غير دستـورى إذا أمكن تفسير القـانـون بما يتفق مع الـدستـور وإذا استمـرت الجدوى من القانون عند اختيار هذا التفسير [٤]. وهو ذات المنهج الذى اتبعته المحكمة الدستورية الإيطاليـة التى التجأت إلى رفض الطعن بعدم الـدستورية من خـلال تفسير النصوص التشريعية المطعـون عليها بعـدم الدستوريـة على نحو يمكنهـا من استخلاص قـواعد قانـونية تتفق مع نصوص الـدستور [٥]. كما سـار على ذلك المجلس الـدستـورى فى فرنسا[٦].

ويعتبر هـذا التفسير أسلـوبـا لتجنب الحكم بعـدم الـدستـوريـة وهـو مـا يعنى

---

(١) دستوريـة عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ القضيـة رقم ٧٣ لسنة ١٩ قضائيـة (دستورية)، الجريدة الرسمية العدد (٨) فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨.

(٢) دستورية عليا فى ٤ مايو سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٣٤ ص ٥٧٤.

(٣) دستوريـة عليا فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٣٥ لسنـة ٩ قضائية، الجريدة الرسمية العدد ٣٥ فى الأول من سبتمبر لسنة ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦، قاعدة رقم ٧ـ ص ٣٣١.

(٤) Favoreu, Cours constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux, op. cit., p. 47, Klaus schlaich, op. cit., p.146.

(٥) Pizzorvsso, Cour constitutionnelle Italiénne (Favoreu, Cours constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux, op. cit., p. 179 et 120).

(٦) Favoreu, op. cit., p. 47.

وفى هذا الشأن جاء فى حكم للمحكمـة الدستورية الإيطاليـة أنه من الخطر الجسيم إلغاء قـاعدة تشريعية مطبقة دون أن تملك المحكمة سلطة التوفيق بين القواعد المرتبطة بهذه القاعدة مع نصوص الدستور.

(انظر فى ذلك: T. Di Manno, op. cit., p.77).

استخلاص المحكمة الدستورية قواعد قانونية تتفق مع الدستور، من النصوص التشريعية من خلال التفسير. على أنه يجب التنبيه بأن مهمة المحكمة الدستورية العليا هى فى التخلص من النصوص القانونية المخالفة للدستور وليس فى تحديد مضمون قاعدى خاص لهذه النصوص يتفق مع الدستور[1] مهما كان هذا المضمون.

وقد سبق فى تبرير هذا المبدأ الإشارة إلى أن الأصل هو دستورية التشريع حتى تقضى المحكمة الدستورية بعكس ذلك. واستصحابا على هذا الأصل، فإنه فى حالة الشك عند التفسير، يؤخذ بالتفسير الذى يجعل النص التشريعى المطعون عليه مطابقا للدستور[2].

(خامسا) التوفيق بين فاعلية الرقابة ومتطلبات الأمن القانونى: يتعين التوفيق بين فاعلية الرقابة الدستورية ومتطلبات الأمن القانونى. فالمحكمة الدستورية بحكم مسئوليتها فى نظام الدولة، يتعين عليها أن تباشر سلطتها بفاعلية فى خضم شبكات من التحديات المتناقضة؛ ومن هذه التحديات أن التشريع المطعون على نصوصه قد استقر تطبيقه مدة معينة وفقا لمعنى معين، واتصل علم الكافة بهذا المعنى ورتبوا أمورهم على ذلك، مما ينشئ سياجا من الأمن القانونى الذى يدور حول هذا المعنى. ولهذا فإن الحكم بعدم دستورية نصوص التشريع يمكن أن يؤدى إلى نتائج مؤسفة بالنسبة إلى الأمن القانونى. وقد انتهز العميد ريفيرو فرصة هذا الاحتمال لكى يوجه نقداقاسيا إلى نظام الرقابة الدستورية اللاحقة، فوصفه بأنه يعرض الأمن واليقين القانونى فى العالم إلى خطر كبير[3]. ولهذا قيل بأن الرقابة اللاحقة يجب أن تتوازن مع اعتبارات الأمن القانونى، مما يتعين معه اختيار التفسير الذى لا يترتب عليه وجود فراغ قانونى أو غير ذلك من النتائج التى من شأنها التضحية بالاستقرار القانونى. وقيل أيضا بأن المحكمة الدستورية الإيطالية قد التجأت إلى تأويل النصوص بما يتفق مع الدستور إذا كان إلغاء هذه النصوص سوف يؤدى إلى إحداث ثقب فى النظام القانونى مما يعتبر فى ذاته أمرا

---

(١) François Foloumet Steinhorst; Cour constitutionnelle Autrichienne, Annuaire 1987, op. cit., p.74.

(٢) دستورية عليا فى ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٩ ص ١٧٦.

(٣) J. Rivero, intervention orale à la table ronde internationle du 25 Octobre 1984 à Aix en provence, in Annuaire international de justice constitutionnelle, 1985, Economica, P.U.A.M. 1987, p.90.

آليا، وذلك بأن تقارن اعتبـارات إنقاذ النظام القانونـى من العيوب الدستوريـة باعتبار آخر هو إعطاء التفسير الذى يمكن أن يغطى عيوبا فادحة فى التشريع[١]. ولا شك أن هذه المقارنة لا تخرج عن نظام الحماية الدستورية للحقوق والحريات القائمة على التوازن الذى يتحقـق من خلال التناسـب، وفقا للمعانـى التى أرسيناها فيما تقـدم فى الفصل الخاص بنظام الحماية الدستورية للحقوق والحريات[٢].

وسوف نبين فيما بعـد كيف أن العمل على المحافظـة على الأمن القانـونى أصبح من الأعمال التى تحرص عليها المحاكم الدستورية[٣].

(سـادسا) : تحديـد نطاق الـرقابـة فى المسائل الكليـة أو الفرعيـة التى تدور حـولها الخصومة فى الدعوى الموضوعية

تتحدد سلطـة المحكمة الدستوريـة العليا فى الرقابـة اللاحقة المحددةبـالحماية التى تقتضيها مواجهة الأضرار النـاشئة عن الإخلال بالحقوق الدستورية ممـا يؤثر فى الحقوق الموضوعية محل النزاع أمام محكمة الموضوع [٤]. ومن هنا يتحدد نطاق الرقابة الدستورية بالمسائل الكلية أو الفرعية التى تدور حولها الخصومة بأكملها أو فى شق منها فى الدعوى الموضوعية [٥]. فكما قـالت المحكمـة الدستـوريـة العليـا فى مصر (أن سمو القـاعـدة الدستـورية واعتلاءهـا موقعا يتسم بـالقواعد الآمـرة، ولا يجوز أن يختلط بالشروط التى يتطلبها المشرع لقبول الخصومة الدستورية التى تستنهضها) [٦].

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا سالفـة الذكر بأن رقابتها القضائية (المحددة) لا تنـاقض شرط المصلحـة فى الـدعـوى الدستـوريـة، بنـاء على أن الحكم فى المسألـة الدستورية، يجب أن يكون لازما للفصل فى الطلبات الموضوعية المرتبطة بها، والمطروحة

---

(١) جاء فى ذلك على لسان Brance الذى كان رئيسا للمحكمة الدستورية . انظر:
T.Di Manno, op. cit., p.77.

(٢) انظر البند ٢٧ فيما سبق.

(٣) انظر البند ١١٤ فيما بعد.

(٤) دستورية عليا فى ٧ مايو سنة ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦، قاعدة رقم ٢٤ ص ٢٧٧.

(٥) دستورية عليا فى ٧ مايو سنة ١٩٩٤ سالف الذكر.

(٦) دستورية عليا فى ٤ مايو سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧، قاعدة رقم ٣٨ ص ٦١٥.

على محكمة الموضوع [1]. كما أكدت كنتيجة لذلك، أنه لا يجوز لها أن تفصل فى دستورية نص فى غير خصومة، ولا أن تقرر قاعدة دستورية لم يحن بعد أوان إرسائها أو تجاوز باتساعها أو مداها، الحدود التى يستلزمها الفصل فى النزاع المعروض عليها [2].

على أنه كما بينا فيما تقدم لا تحول هذه الرقابة دون سلطة المحكمة فى أن تقضى بعدم دستورية النصوص المرتبطة بالنصوص المطعون عليها والتى يتقرر عدم دستوريتها متى كانت كل هذه النصوص تكون معًا وحدة لا تتجزأ [3].

والخلاصة، فإن ذاتية الرقابة التى تباشرها المحكمة الدستورية تبدو فى الخصائص الآتية:

(١) استقلالها عن سلطة محكمة الموضوع.

(٢) استقلالها عن المشرع.

(٣) ورود الرقابة على القواعد القانونية لا على النصوص.

(٤) الأصل هو دستورية القواعد القانونية.

(٥) التوفيق بين فاعلية الرقابة، ومتطلبات الأمن القانونى.

(٦) تحديد نطاق الرقابة فى المسائل الكلية أو الفرعية التى تدور حولها الخصومة فى الدعوى الموضوعية.

---

(١) دستورية عليا فى ٧ مايو سنة ١٩٩٤ سالف الذكر.

(٢) دستورية عليا فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦، قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٣١، ٤ مايو سنة ١٩٩٦، المجموعة السابقة جـ٧، قاعدة رقم ٣٨ ص ٦١٥.

(٣) انظر أيضا: دستورية عليا فى ٢٠ يونية سنة ١٩٩٤، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ رقم ٢٧ ص ٣٠٢.

المبحث الثـــانى
المرجعية الدستورية للرقابة

٨٢ـ تمهيد

لاشك أن الدستور هـو الذى يمد المحكمة الـدستورية بالمناط الـذى تتخذه معيارا مرجعيا لـرقابتها الدستوريـة . فمن الطبيعى أن الرقابة على احترام الشرعية الـدستورية تتحـدد بالنظـر إلى قواعـد الدستـور بحكم مـرتبتها الأعلى بين القـواعد القـانونيـة على اختلافها، وهو ما يعطى المحكمة سلطة تفسير القواعد الدستورية كخطوة لازمة لممارسة رقابتها الـدستورية . وتملك المحكمة الدستـورية وحدها فى حدود ممارسـة اختصاصها بهذه الـرقابـة، سلطـة تفسير الدستـور بشرط أن يكـون ذلك لازما للفصل فى المسألـة الدستـورية المعروضـة عليها . ويلاحظ فى مجال الرقـابة القضائيـة التبعية "Judicial review" اعتبرت المحكمة العليـا الأمريكية أنها هى المفسر النهائى أو الأعلى للـدستور "The ultimate or supreme interpreter of the constitution"، وأكدت أن المبدأ الأساسى هو أن السلطة القضائية الاتحادية هى الأعلى فى التعبير عن الدستور، مما يجعل تفسير المحكمة العليا للدستور هو القانون الأعلى للبلاد "The supreme law of the land" (١). وتتحدد المرجعية الدستورية للرقابة فى ضوء ما يلى :

٨٣ـ (أولا): المبادئ والقواعد الدستورية الصريحة

تمارس المحكمة الـدستورية سلطتهـا فى الرقـابة بالنظـر إلى الدستور بـوصفه كيـانا متكاملا فى نظام قانونى واحد، سواء بـالنظر إلى ما يحدده من حقوق وحريات، وغيرها من القواعـد التى تحدد سلطات الدولـة واختصاصاتها وعلاقتهـا فيما بينها، وغير ذلك من المبادئ والقيم الدستوريـة التى يحددها ويحميها . فالدستور بوصفـه وحدة متكاملة ليس إلا نظـامـا لقيم يـرسيهـا ويعليهـا، تنبع من مبـدأ سيـادة القـانـون ومبـدأ

---

(١) Cooper V. Aaron, 358, U.S.1 (1958) Gerald Gunther, Individual rights in constitutional law, N.W, 1992, p.92.

الديمقراطية[1]. ومن هنا، فإن الحقوق والحريات لا يجوز النظر إليها بوصفها مجرد حقوق لحماية الفرد فى مواجهة الدولة، وإنما يجب النظر إليها أيضا بوصفها مبادئ موضوعية لإقامة كيان الدولة القانونية والمحافظة عليه.

وفى إطار وحدة النظام القانونى يتربع الدستور على قمته، فتكون التشريعات مقيدة قانونا فى الإطار الذى يحدده الدستور، ولا تمارس حريتها إلا داخل هذا النطاق وحده. ولكى يكون النشاط التشريعى سليما صحيحا يجب أن يكون متفقا مع الدستور، وهو اتفاق تراقب المحكمة الدستورية سلامته. ولهذا أكدت المحكمة الدستورية العليا أنه لزاما على كل سلطة عامة أيا كان شأنها وأيا كانت وظيفتها وطبيعة الاختصاصات المسندة إليها، النزول عند قواعد الدستور ومبادئه والتزام حدوده وقيوده[2]. وبحكم سمو الدستور واعتباره المرجع فى الرقابة الدستورية، لا يجوز بداهة إخضاع الدستور لهذه الرقابة[3].

وبناء على ما تقدم فإن التحقق من كون النشاط التشريعى مطابقا للدستور هو الأساس المنطقى لاختصاص المحكمة الدستورية بالرقابة على دستورية التشريعات، ويحدد المرجعية التى تعتمد عليها المحكمة الدستورية فى مزاولة اختصاصها وهو الدستور. وفى هذا الشأن ذهب الفقيه النمساوى هانز كلسن آداموفيش Hans Kelsen Adamovich إلى أن القانون الدستورى هو المصدر الجازم الحاد الذى تلتزم المحكمة الدستورية بإصدار أحكامها بناء عليه، وقال بأنه لا يجوز للمحكمة أن تعتد إلا بالقواعد الدستورية دون غيرها من الاعتبارات القانونية أيا كان مصدرها، وأضاف بأن المحكمة الدستورية سوف تكون فى حالة تعارض مع نفسها إذا أرادت أن تضع نفسها فوق الاختصاصات التى منحت لها، أو إذا انتحلت لنفسها الاختصاص بإقامة وصياغة النظام القانونى وفقا لأحاسيسها القانونية الذاتية[4].

إلا أنه لوحظ أن القضاء الدستورى توسع فى تحديد المبادئ والقواعد الدستورية بما يتجاوز النصوص الشكلية الواردة فى الدستور.

(أ) ففى النمسا استخلصت المحكمة الدستورية ما يسمى بالمبادئ الدستورية

---

(١) انظر: دستورية عليا فى ٢٧ مارس سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٤ لسنة ١٢ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية العدد ١٤ فى ١٢ إبريل سنة ١٩٩٢. W. Zeidler, op. cit., p.40.

(٢) دستورية عليا فى ١٩ مايو سنة ١٩٩٠ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية العدد ١٢ مكررا فى ٣ يونية سنة ١٩٩٠.

(٣) دستورية عليا فى ٥ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية.

(٤) نظر ذلك فى تقرير Steinhorst, Cours constitutionnelle Autrichienne, op. cit., p.67.

العامة[١]، وخاصة مبدأ المساواة[٢]. كما أنها استخلصت من بعض القواعد الدستورية حقوقا لم ترد فيها صراحة مثل حق استرداد الملكية فى حالة فشل نزعها، وأن الحق فى حرية التعاقد الذى كفله الدستور يتناقض معه فرض قيود تشريعية دون سبب موضوعى يتعلق بالمصلحة العامة، وأن الحق فى الحياة الخاصة ، والحياة الأسرية يوجب الحكم بعدم دستورية النص على منع الإقامة المنصوص عليه فى القانون دون التفات إلى ضمانات هذا الحق الأساسى[٣].

وأكثر من ذلك، فقد توسعت المحكمةالدستورية النمساوية فى استخلاص معايير مرجعيتها الدستورية فاستحدثت ما يسمى باقتصاديات الوسائل وحسن الإدارة والملاءمة لتحقيق الأهداف، لكى تصل إلى الحكم بعدم دستورية قانون ضريبى نص على عدد كبير من الإعفاءات الضريبية يقتضى تطبيقها أن تنفق الإدارة مبالغ باهظة على جمع المعلومات، الأمر الذى رأت معه المحكمة الدستورية عدم وجود تناسب بين الإيرادات والمصروفات فى هذا المجال مما يتناقض مع فاعلية الإدارة ولا يحقق بذلك ما أسمته بقواعد اقتصاديات الوسائل وحسن إدارة وملائمة الأهداف، ولا يتفق مع المقتضيات الدستورية للفاعلية المثلى[٤]. ومن ناحية أخرى، فقد توسعت المحكمة الدستورية النمساوية فى استخدام القانون الدستورى كمرجعية لها فى الرقابة على دستورية التشريعات لحماية مبدأ حرية التشريع وفقا للدستور، واتجهت فى الأعوام الأخيرة إلى التوفيق بين تعظيم الدستور بوصفه القانون الأسمى، وبين حرية العمل التشريعى المتروكة للمشرع[٥].

(ب) وفى إيطاليا، أكدت المحكمة الدستورية أن معيار مرجعيتها فى الرقابة الدستورية ينبع مباشرة أو بطريق غير مباشر من نصوص الدستور. ولهذا رفضت هذه المحكمة أن يميز المشرع بين قواعد دستورية لها قيمة النصوص، وقواعد أخرى لهاقيمة البرامج، وأكدت تكامل نصوص الدستور بغير استثناء، والتوفيق بين النصوص المتعارضة. وفى بعض الحالات استخلصت المحكمة الدستورية الإيطالية قواعد دستورية ضمنية بطريق التفسير، واعتمدت فى معظم أحكامها على مبدأ المساواة طبقا

---

(١) وقد انتقد الفقيه النمساوى هانز كلسن هذا التوسع على أساس أنه لا يعكس أية قاعدة دستورية ـ المرجع السابق ص ٦٧.

(٢) Steinhorst, op. cit., p. 69.

(٣) انظر حكم المحكمة الدستورية النمساوية فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٨٥ مشارا إليه فى تقرير Steinhorst، المرجع السابق ص ٦٨.

(٤) انظر تقرير: Stenhorst, op. cit., p.69, 70.

(٥) انظر تقرير: Steinhorst, op. cit., p.69, 70.'

للمادة ٣ من الدستور الإيطالى كمعيار لمرجعيتها فى الرقابة الدستورية[١]. إلا أن المحكمة أضافت إلى معيار المرجعية الدستورية معياراً آخر وهو القواعد التى تنبع من مصادر أخرى غير الدستور نفسه، والتى تعتبر فى ذاتها أعلى مرتبة من القاعدة التشريعية طبقا لنصوص الدستور، مثال ذلك، القواعد المنصوص عليها فى قانون أصدره المشرع بناء على تفويض من الدستور، وكذلك أيضا المبادئ الأساسية التى نصت عليها قوانين الدولة فيما يتعلق بالموضوعات التى خولتها المادة ١١٧ من الدستور للسلطة التشريعية الإقليمية. بالإضافة إلى القواعد الصادرة من أجهزة المجتمعات الأوروبية بناء على المادة ١١ من الدستور الإيطالى[٢].

(جـ) وفى فرنسا، أكد المجلس الدستورى أن معيار مرجعيته فى الرقابة الدستورية على التشريعية يتمثل فى المبادئ والقواعد ذات القيمة الدستورية. وتتحدد هذه القواعد فى كل من نصوص الدستور، ومقدمة الدستور التى أشارت إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩، ومقدمة دستور ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٦، التى أحالت إلى كل من(المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية)، (المبادئ اللازمة بوجه خاص للزمن المعاصر).

وبالنسبة إلى المرجعية التى أضافتها مقدمة دستور ١٩٤٦ والتى تتعلق بالمبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية، استهدفت إحياء ما أكدته الجمهورية الفرنسية الثالثة فى مسائل الحريات العامة والقوانين الاجتماعية. وقد استخلص المجلس الدستورى الفرنسى من هذه المبادئ حرية الاجتماع[٣]، ومبدأ حقوق الدفاع[٤]، وحرية التعليم[٥]، واستقلال القضاء الإدارى[٦]، واستقلال المدرسين[٧].

أما المرجعية الخاصة بالفكرة التى تضمنتها الفقرة الثانية من مقدمة دستور ١٩٤٦،

---

(١) Thierry Di Manno, op. cit., p.380 - 384.

(٢) انظر تقرير: Cour constitutionnelle Italienne, Annuaire, International de Justice constitutionnelle Economica, 1987, p.170 - 172, p.195.

(٣) No. 71 - 44 Dc du 16 Juillet 1971, Recueil jur. const. (1959 - 1993), p.24.

(٤) No. 76 - 70 Dc du 2 Décembre 1976, Rec. p.41.

(٥) No. 77 - 87 Dc du 23 November 1977, Rec. p.542.

(٦) No. 80 - 119 Dc du 22 Juillet 1980, Rec. p.83.

(٧) No. 83 - 1635 Dc du 20 Janvier 1984, Rec. p.3171.

فقد صيغت على الوجه الآتى : (إن الشعب الفرنسى يطالب بالمبادئ السياسية الاقتصادية والاجتماعية المبينة فيما بعد والتى تعتبر لازمة لزمننا المعاصر) . وقد تناولت الفقرات من ٣ إلى ١٨ من هذه الديباجة تحديد هذه المبادئ على وجه الحصر، وتحتوى ضمن ما تحتويه على مبدأ المساواة بين الجنسين، وحق اللجوء السياسى، والحق فى العمل، والحرية النقابية، والحق فى الإضراب، واشتراك العاملين فى إدارة المشروعات، وتأميم المرافق الوطنية العامة، وتحديد التزامات الأمة فى مجالات الأسرة، والتعليم، والصحة، والثقافة[١].

وكل هذه القواعد الواردة فى مقدمة دستورى ١٩٤٦ و ١٩٥٨ تعتبر من المبادئ ذات القيمة الدستورية التى تجد مصدرها فى (المبادئ العامة للقانون ذات القيمة الدستورية) التى أقر المجلس الدستورية بوجودها بطريقة ضمنية. وقد انعكس ذلك بوجه خاص فى حكم المجلس الدستورى الصادر فى ٢٥ يولية سنة ١٩٧٩ بشأن ممارسة حق الإضراب، دون الإشارة إلى نص معين، بأن مبدأ استمرارية المرفق هو أحد المبادئ ذات القيمة الدستورية[٢].

ومن ناحية أخرى، فقد أشار قضاء المجلس الدستورى إلى فكرة (الأهداف ذات القيمة الدستورية)، وتتضمن حماية النظام العام، وحرية الرأى، بما فى ذلك احترام حرية الغير، وحرية تعدد الآراء، مع تجنب إعطاء طابع مطلق للمبادئ ذات القيمة الدستورية، لتبرير وضع قيود على الحقوق «الأساسية» [٣].

٨٤ ـ المعايير المرجعية فى تحديد القواعد الدستورية فى مصر

يتضمن الدستور مجموعة من المبادئ والقواعد يلتزم بها المشرع. وتتميز المبادئ الدستورية أنها تعطى للمشرع سلطة تقديرية أوسع مما تعطيها القواعد الدستورية. وإذا نظرنا إلى الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ سنجد أن المبادئ الدستورية تتمثل أساسا فى القيم الدستورية التى عبر عنها المشرع والتى يلتزم المشرع العادى بأن يؤمن بها

---

(١) Conseil constitutionnel Français, Annuaire Internationale de la Justice constitutionnel, 1987, p.148.

(٢) Conseil constitutionnel Français, op. cit., p.148.

(٣) انظر أيضا : Conseil constitutionnel Français, op. cit., p.148.

وأن تكون نصوص التشريع متسقة ومتماسكة مع هذه القيم . وقد نصت المادة الخامسة من الدستور المصرى على أن يقوم النظام السياسى فى جمهورية مصر العربية على أساس تعدد الأحزاب ، وذلك فى إطار المقومات والمبادئ الأساسية للمجتمع المصرى المنصوص عليها فى الدستور. وتولى الباب الثانى من الدستور تحت عنوان «المقومات الأساسية للمجتمع» فحدد هذه المبادئ الأساسية . وجاء الباب الثالث من الدستور تحت عنوان «الحريات والحقوق والواجبات العامة» فاحتوت معظم نصوصه على مبادئ أساسية . وكذلك الحال بالنسبة للباب الرابع تحت عنوان «سيادة القانون» . أما القواعد الدستورية ، فهى القابلة للتطبيق بواسطة المشرع دون أن يملك فى شأن هذا التطبيق سلطة تقديرية إلا من حيث تنظيم استعمال الحق دون نقض لمحتواها ، مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٤١ من الدستور من أنه فيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة ، وذلك وفقا لأحكام القانون ، وكذلك الحال فيما نصت عليه المادة ٥١ من الدستور من أنه لا يجوز إبعاد أى مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها . وكذلك ما نصت عليه المادة ٦٦ / ٢ من الدستور من أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون .

ويلاحظ أن المبادئ الدستورية بطبيعتها لا تصلح للتطبيق إلا من خلال تشريع يضع ضوابط تطبيقها ، سواء أشار الدستور إلى ذلك صراحة (مثال ذلك المواد ١٥ و١٧ و٢٧) أو لم يشر. كما أن القواعد الدستورية قد تحيل كذلك إلى القانون لتحديد نطاقها ، مثال ذلك المواد ٤٤ و٥٠ و٦٢ و٧٠ و٧٢ من الدستور.

وقد أقامت المحكمة الدستورية العليا فى مصر فى مقام تحديد المبادئ والقواعد الدستورية عدة معايير تتمثل فيما يلى :

١ ـ النصوص الدستورية متكاملة مترابطة تعمل فى إطار وحدة عضوية : فقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن الأصل فى النصوص الدستورية أن تؤخذ باعتبارها متكاملة وأن المعانى التى تتولد عنها يتعين أن تكون مترابطة بما يرد عنها التناقض أو

التنافر [١]. ولا يجوز بـالتالى أن تفسر النصـوص الـدستوريـة بما يبتعـد بها عن الغايـة النهائية المقصودة منها ولا أن ينظر إليها بوصفها هائمة فى الفراغ [٢]. وأكدت المحكمة الدستـوريّة هذا المعنى فى قولها بأن القـول الفصل وضوابطها فى التأصيل ومنـاهجها فى التفسير هى مدخلها إلى معايير منضبطة تحقق لأحكـام الدستور وحدتها العضوية [٣]، باعتبار أن أحكام الدستور متكاملة ولا تنافر بينها [٤] مما ينبغى معه عند تفسير نصوص الدستور، والنظر إليها باعتبـارها وحدة واحدة يكمل بعضها بعضا بحيث لا يفسر أى نص منها بمعـزل عن النصوص الأخرى بـل يجب أن يكون تفسيره متسانـدا معها يفهم مدلوله فهما يقيم بينها التوازن وينأى بها عن التعارض [٥].

وتطبيقا لـذلك حددت المحكمة الـدستورية العليـا المقصود بالمكـاسب الاشتراكية المنصوص عليها فى المادة ٥٩ من الدستور ـ وهو مبدأ دستورى ـ بأن الدستور خلا من كل تحديد لهذه المكاسب يكون معرفـا بمضمونها ونطاقها، بل جهل تماما بها، ولم يحل حتى إلى قانون لبيـان مكوناتها، ولا يتصور بـالتالى أن يكون الدستـور كافلا للعمال غير تلك الحقوق والمزايا التى نص عليها فى شأنهم [٦]. وهذا الاستخلاص ليس إلا محصلة لتكامل النصـوص الدستوريـة وترابطها وعملهـا معا فى وحدة عضـوية . ولهذا انتهت المحكمة الـدستوريـة بأن المزايا التى ينشئهـا المشرع للعمال، لا يجوز اعتبارهـا جزءا من

---

(١) دستورية عليا فى ١٨ إبريل لسنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية (دستورية)، مجموعة أحكام المحكمة، الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٣٠ ص ٢٦٢.

(٢) دستورية عليا فى ٤ ينايـر لسنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية (دستوريـة)، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩.

(٣) دستورية عليا فى ٢٠ مارس لسنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٤٥ لسنـة ١٣ قضائية (دستورية)، ٦ فبراير لسنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٤ قضائية (تنازع)، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٨ ص ٤٧٥، ٦ فبراير لسنة ١٩٩٣ فى القضيـة رقم ٥٧ لسنة ٤ قضائية (دستـورية)المجموعة السـابقة جـ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٣ ص ١٥٠، ١٩ يونية لسنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٧ لسنة ٤ قضائية (منازعة تنفيذ)، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٥ ص ٥٢٣.

(٤) دستوريـة عليا فى ٢٦ مـارس لسنة ١٩٩٤ فى القضيـة رقم ٢٩ لسنة ١١ قضـائية (دستـورية). المجمـوعة السابقة جـ٦، قاعدة رقم ١ـ ص ٢٣١.

(٥) دستورية عليا فى ١٩ مايو لسنة ١٩٩٠ فى القضية رقم ٣٧ لسنـة ٩ قضائية (دستورية). المجموعة السابقة جـ ٤، قاعدة ٣٣ ص ٢٥٦.

(٦) دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٧ سنـة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٧ (تابع) فى ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧.

مكاسبهم إذا خلا الدستور منها، بل يكون أمر بقائها أو زوالها بيد المشرع فى حدود سلطته التقديرية ووفق شروط موضوعية.

والمحكمة الدستورية هى التى تقوم من خلال تفسيرها للنصوص الدستورية على ربطها ببعض على ضوء المقاصد الحقيقية التى ابتغاها الدستور، وبما يرد عنها الغموض بما مؤداه أن النصوص الدستورية جميعها غير مستعصية على التحديد من ناحية وأنه يتعين من ناحية أخرى أن يكون لكل منها مجال يعمل فيه متكاملا فى ذلك مع غيره من النصوص [1].

وقد وصل الأمر بالمحكمة الدستورية العليا أنها حين قضت بوجوب أن تتفق التشريعات مع مبادئ الشريعة الإسلامية ـ وهو مبدأ دستورى ـ استوجبت ألا تخرج هذه التشريعات فى الوقت ذاته عن الضوابط والقيود التى تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع فى صدد الممارسة التشريعية [2].

وفى مجال تأكيد الوحدة العضوية لنصوص الدستور سواء تضمنت مبادئ أو قواعد دستورية أكدت المحكمة الدستورية العليا أن إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها يفترض العمل بها فى مجموعها وشرط ذلك اتساقها وترابطها والنظر إليها باعتبار أن لكل نص منها مضمونا ذاتيا لا ينعزل به عن غيره من النصوص النهائية والمقاصد الكلية التى تجمعها، لأن النصوص الدستورية لا تتعارض أو تتهادم أو تتنافر فيما بينها، ولكنها تتكامل فى إطار الوحدة العضوية التى تنتظمها من خلال التوفيق بين مجموع أحكامها وربطها بالقيم العليا التى تؤمن بها الجماعة فى مراحل تطورها المختلفة ويتعين دوما أن يعتد بهذه النصوص بوصفها متآلفة فيما بينها ولا تتماحى أو تتآكل، بل تتجانس معانيها وتتضافر توجهاتها [3].

وفى هذا الصدد، ثار البحث حول إمكان حل التنازع الظاهرى الذى قد ينشأ بين

---

(١) دستورية عليا فى ١٥ مايو لسنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية (دستورية). المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٢٢ ص ٢٦٠.

(٢) دستورية عليا فى ٤ مايو لسنة ١٩٨٥ فى القضية رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية العدد (٢٠) فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٥.

(٣) دستورية عليا فى ٥ فبراير لسنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٣ لسنة ١٥ قضائية (دستورية). مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦، قاعدة رقم ١٥ ص ١٤٠.

الحقوق التى يحميها الدستور، للوصول إلى تحديد القاعدة الدستورية الواجبة التطبيق. ويتحقق هذا التنازع الظاهرى عندما يتمسك كل طرف من أطراف الخصومة بحق أساسى نص عليه الدستور، مما يستوجب من المحكمة الدستورية أن تحدد الحق صاحب الأولوية، وذلك فى إطار وحدة وتكامل الدستور، مما ينتفى معه إمكان القول بوجود تنازع حقيقى بين قواعد الدستور. ومن ناحية أخرى، فإن الحقوق التى يكفلها الدستور تتمتع بالحماية الدستورية أيا كان مصدرها سواء كان قاعدة دستورية صريحة وردت فى نص قاعدى صريح من نصوص الدستور، أو فى مبدأ دستورى عام اعتنقه الدستور، أو فى قاعدة دستورية ضمنية استخلصتها المحكمة الدستورية العليا فى ضوء أهداف الدستور ومبادئه (١). ولا يوجد أى تدرج بين القواعد الدستورية، فكلها من واد واحد، وعلى مستوى واحد من القيمة الدستورية، جميعها تكون كتلة من الدستورية Bloc de la constitutionnalité (٢).

٢- تفسير المبادئ والقواعد الدستورية فى ضوء الغاية منها، وباعتبار أن الدستور وثيقة تقدمية:

قضت المحكمة الدستورية العليا على أنه عند تفسير النصوص الدستورية لا يجوز النظر إليها بما يبتعد بها عن غايتها النهائية ولا بوصفها هائمة فى الفراغ وباعتبارها قيما مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعى، وإنما يتعين دوما أن تحمل مقاصدها بمراعاة أن الدستور وثيقة تقدمية لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية وإنما تمثل القواعد التى يقوم عليها والتى صاغتها الإرادة الشعبية انطلاقا إلى تغيير لا تصد عن التطور آفاقه الرحبة(٣). وأكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى فى قولها بأن الدستور بالحقوق التى يقررها والقيود التى يفرضها - وأيًّا كان مداها أو نطاقها - لا يعمل فى فراغ ولا ينظم

---

(١) انظر: Brigitte 6 hms, Rapport Autrichien, VIII conference des Cours constitutionnelles Européennes Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1990, p.31.

(٢) انظر: Radrigues - Pinnero Y Bravo Ferrer et J. leguina Villa, (Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1990, p.112.
Nathalie Berard - Maugiron, thése, op. cit., p. 293.

(٣) دستورية عليا فى ٤ يناير لسنة ١٩٩٢ فى القضية ٢٢ لسنة ٨ قضائية (دستورية)، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (الجزء الأول)، قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩.

مجرد قواعد آمرة لا تبديل فيها إلا من خلال تعـديلها وفقا للأوضاع التى ينص عليها إذ هو وثيقـة نابضـة بالحياة ، تعمـل من أجل تطوير مظـاهرهـا فى بيئة بـذاتها متخذة من الخضوع للقانون إطارا لها [1].

وقد تجلى ذلك بوضوح فى تفسير مجموعة من القيم الدستورية التى تعبر عنها المبادئ الـدستوريـة منها الـوظيفة الاجتماعيـة لحق الملكية (المادة ٣٢)، وفى النظـام والعدالـة الاجتماعيـة فى النظام الضريبى (المادة ٣٨)، ونطـاق الملكيـة العامـة (المادة ٢٩) ودور القطاع العام فى خطة التنمية (المادة ٣١). وفى صـدد الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، قالت المحكمـة الدستـورية العليا بـأنه يتعين أن ينظم القانـون أداة الوظيفـة الاجتماعية للملكية مهتديا بوجه خاص بالقيم التى تنحاز إليها الجماعة فى مرحلة معينة من مراحل تطورهـا بمراعاة أن القيـود التى تفرضها الـوظيفة الاجتماعية على حق الملكيـة للحد من إطلاقها لا تعتبر مقصودة لذاتها ، بـل غايتها خير الفرد والجماعة[2]. وقالت بأن الغاية التى يستهدفها الدستور من حق المساواة أمام القانون باعتباره أول ما نص عليه الدستور فى الباب الخاص بـالحريات والحقـوق العامـة ، يتمثل أصلا فى صـون حقوق المواطنين وحرياتهم فى مواجهة صور التمييز التى تنـال منها أو تقيد ممارستها وأضحى هذا المبدأ فى جوهره وسيلة لتقـرير الحماية القانونية المتكـافئة التى لا يقتصر تطبيقها على الحريات والحقوق العـامة المنصوص عليهـا فى الدستـور، بل ينسحب فى مجال إعمالها إلى الحقوق التى يقررها القانون العادى ويكون مصدرا لها[3].

وفى صدد العدالـة الاجتماعية فى النظام الضريبى التى أشار إليهـا الدستور فى المادة ٣٨ قالت المحكمـة الدستـورية العليـا ، بأن تحديد معنـاها يجب أن يكـون من منظور اجتماعى مهيمنـا عليها بمختلف صـورها ، بـاعتبـار أن العدل يتغيـا التعبير عن القيم الاجتماعية التى لا تنفصل عن الجماعـة فى حركتها عنها ، والتى تبلـور مقاييسها فى شأن

(١) دستورية عليـا فى ٥ فبراير لسنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٣ لسنـة ١٥ قضائية (دستوريـة). سالف الإشارة إليه.

(٢) الدستـورية العليا فى ٢٠ مارس لسنـة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٦٣ لسنة ١٣ قضـائية (دستورية)، مجموعة أحكـام الدستـورية العليـا جـ ٥ (المجلـد الثانى)، قـاعدة رقم ١٩ ص ٢٦. وأول ينـاير سنـة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ١٢ قضائية (دستورية)، المجموعة السابقة جـ ٦، قاعدة رقم ١٠ ص ١٠٥.

(٣) الدستورية العليا فى ١٩ مايو سنة ١٩٩٠ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائية (دستورية)، المجموعة السابقة جـ ٤، قاعدة رقم ٣٣ ص ٢٥٦.

ما يعتبر حقا لديها، فلا يكـون العدل مفهوما مطلقا ثابتا باطـراد، بل مرنا ومتغيرا وفقا لمعايير الضمير الاجتماعى ومستوياتها[1].

وأكدت المحكمة الدستـورية هذا المعيار المرجعى فى قولها بأن النصـوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلا نهائيا ودائما لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقائقها، فلا يكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها بآلـة عمياء إلا حرثا فى البحر، بل يتعين فهمها على ضـوء قيم أعلى غـايتهـا تحرير الـوطن والمواطـن سياسيـا واقتصـاديـا. وأوضحت المحكمة منطقهـا فقالت، بأن قهر النصـوص الدستوريـة لإخضاعها لفلسفـة بذاتها، يعارض تطويعها لآفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها، فلا يكون الدستور كافلا لها، بل حائلا دون ضمانها[2].

وفى صدد تحديد نطاق الملكية العامة (المادة ٢٩) ـ وهو من المبادئ الدستورية ـ قالت المحكمة الدستورية العليا أن الاستثمار بمختلف صـوره ـ العامة منها والخاص ـ ليـس إلا أمـوالا تتدفق، وسـواء عبأتها الـدولـة أو كونها القطـاع الخاص، فإنها تتكـامل فيما بينها، ويعتبر تجميعها لازما لضمان قاعدة إنتاجية أعرض وأعمق لا يكون التفريط فيها إلا ترفـا، ونكولا عن قيم يـدعو إليها التطـور ويتطلبها. ومـا تنص عليه المادة ٢٩ من الدستور من أشكال للملكيـة تتقدمها الملكية العامة، وتقـوم إلى جانبها كل من الملكية التعاونيـة والملكية الخاصـة، ليس إلا توزيعـا للأدوار فيما بينهـا لا يحول دون تسانـدها وخضوعهـا جميعا لرقـابة الشعب، ومقتضاهـا أن يكون الاستثمار العام وقـودا للتقدم، معبدا الطـريق إليه، فـلا يقتصر على ميادين محدودة بل يمتـد إلى مواقع رئيسيـة تعمل الدولة من خـلالها على تنفيذ مهامها السيـاسية والاجتماعية، ويلازمهـا أن تعزز قيادتها هذه بدعمها الأعباء بقصر الاستثمار الخاص على تحملها[3].

وفى صدد تحديـد دور القطاع العام فى خطـة التنمية ـ وهـو من المبادئ الدستـورية ـ (المادة ٣٠/ ٢) أوضحت المحكمـة الدستوريـة العليا مجمـوعة من المعـانى، أولها: أن تواصل التنمية وإثراءها لنواتجها يمثل أصلا يبلوره الاستثمار العام، وثانيها: أنه إذا كان

(١) دستورية عليا فى أول يناير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٦٥ سنـة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧ العدد ٧ (تابع).

(٢، ٣) دستـورية عليـا فى أول فبراير سنـة ١٩٩٧، القضية رقـم ٧ لسنة ١٦ قضـائية «دستـورية»، الجريـدة الرسمية، العدد (٧تابع) فى ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧. وانظر فيما تقدم بند ٢٩ ص ٩٥ و ٩٦.

الاستثمار العـام قوة رئيسيـة للتقدم تتعـدد مـداخلها، فإنـه ليس لازمـا أن يتخذ هـذا الاستثمار شكل وحدة اقتصادية تنشئها الدولة أو توسعها، ولا عليها أن تبقيها كلما كان تعثرهـا باديا، أو كـانت الأموال الموظفة فيها لا تغل عـائدا مجزيا، أو كان ممكنـا إعادة تشغيلها لاستخدامها على نحو أفضل، وأن الاستثمار الأفضل والأجدر بالحماية، يرتبط دوما بالدائرة التى يعمل فيها، وأن الاستثمار العام شريك متكامل مع الاستثمار الخاص لا يزاحمه ولا يتعـارض معه، بل يتولى كل منهما مهـاما يكـون مؤهلاً لها وأقـدر عليها، وإن جاز القـول بأن الاستثمار العام يثير قـدرة المواطنين ويقظتهم وتميزهم. وهكذا نرى المحكمـة الدستـورية العليـا قد فسرت القطـاع العام بمـدلول الاستثمار العـام ودوره فى تحقيق التنمية[1].

٣ـ التفسير فى ضوء معانى المصطلحات

استقر قضاء المحكمة الدستورية العليـا على أنه إذا أورد الدستور مصطلحا معينا فى نص ما لمعنـى معين وجب صرفه إلى هذا المعنـى فى كل نص آخر يـردد هذا المصطلح، وإنه بنـاء على ذلك إذا كان الدستـور قد أورد فى المادة ٦٦ عبارة (بناء على قـانون). فى حين أنه يستعمـل عبارة مغايـرة فى نصوص أخـرى اشترط فيها أن يتم تحديـد أو تنظيم مسـائل معينـة (بقـانـون) مثل التـأميم فى المادة ٣٥، وإنشـاء الضرائب وتعـديلهـا فى المادة١١٩ ـ فإن مؤدى ذلك أن المادة ٦٦ من الدستور تجيز أن يعهد القانون إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحيـة تحدد فيها بعض جوانب التجريم أو العقاب، وذلك لاعتبـارات تقدرهـا سلطة التشريع وفى الحدود والشروط التـى يعينها القـانون الصـادر منها[2].

---

(١) دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٧ السالف الإشارة إليه.

(٢) دستورية عليا فى ٩ مايو لسنة ١٩٨١ فى القضية رقم ١٥ لسنة ١ قضائية (دستورية)، وفى القضية رقم ٢١ لسنة ١ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ فى ٢٨/ ٥/ ١٩٨١. وانظر دستورية العليا فى ٦ إبريل لسنـة ١٩٩١ فى القضية رقم ١٧ لسنة ١١ قضـائية (دستورية)، وفى القضيـة رقم ٢١ لسنة ١١ قضائية (دستورية)، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٤، قاعدة رقم ٣٨ و ٣٩ ص ٣١١ و ٣٢٤ على التوالى.

٨٥ ـ (ثانيا): المبادئ الدستورية الضمنية

توسع القضاء الدستورى فى تفسير ما تتضمنه الوثيقة الدستورية من مبادئ، فلم يقتصر على المبادئ المكتوبة فى هذه الوثيقة، بل استخلص مجموعة من المبادئ الضمنية التى تتعلق بحماية الحقوق والحريات .

وقد عرضنا لهذه المبادئ ـ فيما سبق ـ بمناسبة بحث دور القضاء الدستورى فى التحديد الدستورى غير المباشر للحقوق والحريات . وتتميز هذه المبادئ الدستورية عن المبادئ الدستورية الصريحة، فى أن هذا النوع من المبادئ يستخلص مباشرة من خلال النصوص الدستورية . أما المبادئ الضمنية، فإنها تستخلص بطريق التفسير من خلال هذه النصوص . فالأولى واضحة لا تحتاج إلى تفسير.

ومنذ زمن طويل استقر قضاء المحكمة الدستورية الألمانية على أنه إذا ظهرت خلال تطبيق مواد الدستور ظروف جديدة غير متوقعة، أو إذا جدت ظروف أضافت وجها جديدا أو معنى جديدا فى ضوء التطور العام، فإنه يمكن تفسير مواد الدستور وفقا لهذه المتغيرات . بل وصل الأمر إلى أن محاكم الموضوع يمكنها ـ فى إطار الرقابة المحددة ـ أن تحيل من جديد إلى المحكمة الدستورية الاتحادية مسألة تتعلق بدستورية نص تشريعى على الرغم من أن المحكمة الدستورية سبق أن حسمتها من قبل، وذلك فى ضوء التغيرات التى طرأت، طالبة من المحكمة الدستورية نظرة جديدة إلى هذه المسألة التى سبق حسمها من قبل(١).

وتتبع المحكمة الدستورية النمساوية أيضا مايسمى بالتفسير المعاصر للدستور. ولهذا درج قضاؤها على الأخذ بالأفكار والقيم الجديدة للمجتمع المتعلقة بالضمانات الواردة فى ثنايا الدستور تحت مسمى المبادئ العامة للدستور، مثل مبدأ المساواة . وقد لوحظ فى ضوء ذلك أن المحكمة الدستورية العليا النمساوية قد لعبت دور المصلح فى مسائل السياسة الاجتماعية على نحو وصفه البعض بأنه قد جعلها بعيدة عن مهامها الدستورية وطبيعتها الخاصة(٢).

وتعتبر القواعد الدستورية جميعها فى مرتبة واحدة سواء تلك التى استخلصتها المحكمة الدستورية مباشرة من نصوص الدستور أو بطريق غير مباشر.

---

(١) انظر: W.Zeidler, op. cit., p.54.

(٢) Loloumet Steinhorst, Cour constitutionnelle Autrichienne Annuaire 1987, op. cit., p. 81.

٨٦ ـ (ثالثا): القواعد التى تنال قيمة دستورية

رأينا عند بحث قـواعد القانون الدولى المتعلقة بحقوق الإنسـان أن الدستور الألمانى قد نص صراحة فى المادة ٢٥ منه على أن القواعد العـامة فى القانون الدولى التى تتضمن عناصر حماية حقوق الإنسان لها أثر مباشر فى الجمهورية الاتحادية الألمانية، مما أدى إلى إضفاء القيمة الدستورية على هذه القواعد. وكذلك الشأن بالنسبة إلى البرتغال.

والقواعـد المشار إليهـا ليست قواعـد صريحة وضمنية، وإنما هى قـواعد تنـال قيمة دستورية بنص الدستور.

ويطلق الفقـه الـدستـورى على هـذه القـواعـد اصطـلاح القـواعـد الـوسيطـة Intermédiaire. وواقع الأمـر، أن كل مـا يتعلق بحقـوق الإنسان إن لم يجد اعتنـاقـا صريحا فى نصوص الدستور، فإن القضاء الدستورى يتخذه معيارا لاستخلاص الحقوق والحريات التى تتمتع بقيمة دسـتـورية استنادًا إلى متطلبات كل من النظم الـديمقراطية وسيـادة القانـون. فإن الـدساتير حين شرعت استهـدفت حمايـة الحقوق والحريـات، والمحاكم الـدستوريـة حين أسست استهدفت بالـدرجة الأولى ضمان هـذه الحماية[١]. ومن ثم، فإنـه ما لم ينص الدستـور صراحة على اعتبـار قواعد القـانون الـدولى المتعلقة بحقوق الإنسان ذات قيمة دستورية، كما هـو الشأن بالنسبة إلى الدستور الألمانى، فإنه يمكن اعتبار هذه القواعد من حيث استهدافها حماية الحقوق والحريات ضمن القواعد الدستورية.

---

(١) أثبت Badinter الرئيس السابق للمجلس الدستورى الفرنسى (اعتبارا من ٥ مارس سنة ١٩٨٦) فى محاضرة له فى ٩ يناير سنة ١٩٩٥ فى مؤتمر عن حقـوق الإنسان بمدينة ليون أنه فى ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٩٤ تبين أن المجلس الـدستـورى أصـدر ٢٨٩ قرارا فى مجال الـرقـابـة الـدستـورية، قضى فى ١٥٤ قـرارا منهـا بعـدم الدستورية. وتبين أن ٥٥٪ من هذه القرارات المقضى فيها بعـدم الدستورية تعلقت بالحقوق «الأساسية» والحريات العامة. انظر:

Institut des sciences de l'homme, les droits de l'homme et le droit, Lyon, 1998, p.76.

المبحث الثـالث
الوسائل الفنية لتفسير القواعد التشريعية

٨٧ - الرقابة الدستورية كأساس لشرعية التفسير

تلجأ المحكمة الدستـورية إلى تفسير القواعد التشريعيـة كأداة للرقابة الـدستورية . ويعتبر هذا التفسير مفيـدا وفعالا فى تحقيق الرقـابة الدسـتورية ؛ فهو مفيـد لأنه يمكن للمحكمة الدستـورية من استيعاب مضمون النص التشريعى المطعون عليـه ، باعتبار أنه يأتى ثمرة لتحضير وإعداد فنيين ، إما بواسطـة الحكومة أو بواسطة عضو البرلمان ثم يتم إقـراره من خلال التصـويت عليه ، ويتضمـن قواعـد لها طابع عـام لا يسهل فهم معناها بالقراءة الحرفية للنصوص التى تتضمنها . وهى فى تحديدها لهذا المعنى تعتبر أثر الحكم بعدم دستورية أو رفض الدعوى الدسـتورية ، أو الحكم بالدستورية متوقفا على بتفسير معين اتخذته دعامة لتقرير دستورية النص .

كما يعتبر التفسير فعالا لأنه يسمح للمحكمة الدستورية بإشباع الحاجيات المتطورة للمجتمع فى نظـرة تقـدمية تتجـاوز قليـلا حدود النطـاق المرسـوم لـه بطريقـة مجردة . ويستمد التفسير الذى تتولاه المحكمة الدستورية من خلال الدعوى الدستورية شرعيته من كونه ضروريا لتمكين هذه المحكمة من مباشرة سلطتها فى الرقابة الدستورية المنبثقة من أسسها الفلسفية التى تتجلى فى حماية النظام الـديمقراطى وسيادة الدستور، واحترام الحقوق والحريات ، وإشباع الحاجـات المتطورة للمجتمع ، وتحقيق الاستقرار السياسى والقانونى [١].

ومن خلال أنواع التفسير الذى يتضمنه قضاء المحكمـة الدستورية استطاعت هذه

---

(١) انظر فيما تقدم البنود من ٣٧ حتى ٤٠ .

المحكمة أن تقيم توازنا فى الحماية الدستورية للحقوق والحريات، يتجلى بوجه خاص فى الأحوال التى تتجنب فيها المحكمة الحكم بعدم الدستورية من خلال التفسير الإنشائى للنص. كما تقيم تعاونا مع السلطات القائمة على تطبيق القانون (الحكومة والقضاء) حين تقدم تفسيرا توجيهيا لبعض النصوص حتى تستعين بهذا التفسير عند التطبيق، ومن خلال الأهداف التى تسعى إلى تحقيقها والتى تنبثق من الأسس الفلسفية للرقابة الدستورية، والتزاما بنظام الحماية الدستورية الذى يقوم على التوازن بين الحقوق والحريات من جهة، وبين المصلحة العامة من جهة أخرى.

وفى هذا النطاق يهمنا أن نؤكد على جملة حقائق هامة:

(الأولى): يرتبط تفسير القواعد التشريعية كل الارتباط بالتمييز بين النص التشريعى، والقاعدةالتشريعية.

فالمحكمة الدستورية تلجأ إلى التفسير فى مقام استخلاص القواعد القانونية منها لكى تبسط رقابتها على مدى اتفاق القواعد القانونية التشريعية مع القواعد الدستورية. فما النصوص إلا أغلفة مادية تحوى قواعد قانونية هى وحدها محل الاعتبار. والرقابة الدستورية لا تنصب إلا على الوقائع ا لقانونية لا أغلفتها المادية. ومن هنا، فإن المناهج الفنية للتفسير تنصب على استخلاص القاعدة القانونية من النص الذى يعبر عنها. فالنصوص هى محل التفسير والقواعد القانونية المستخلصة منها هى الهدف من التفسير.

(الثانية): يتميز تفسير القواعد التشريعية بخصائص مختلفة متغيرة فى مقام تحديد مدى مطابقة القاعدة التشريعية المطعون عليها للقاعدة الدستورية فى ضوء ما تتمتع به المحكمة الدستورية من ذاتية خاصة عند مباشرة وظيفتها الرقابية [١].

(الثالثة): تبدو المناهج الفنية لتفسير النصوص التشريعية فى ثلاثة أنواع: فهناك التفسير المقيد "Restrictive"، وبجانبه التفسير الإنشائى "Constructive"، ومعه التفسير التوجيهى "Directive". وسوف ندرس فيما بعد هذه الأنواع الثلاثة.

(الرابعة): ينعكس التفسير الذى تتبعه المحكمة الدستورية لكى تمارس رقابتها

---

(١) انظر فيما تقدم بند ٧٣.

الدستورية فى أسباب حكمها . وتتوقف حجيته على ما يعتبر دعامة لمنطوقه . ومن ثم فإن الحجية التى يحوزها هذا التفسير تنبثق من حجية حكم المحكمة الدستورية الفاصل فى المسألة الدستورية التى يتوقف عليها الفصل فى الدعوى الدستورية سواء كان بالدستورية أو بعدمها[1] أو بعدم القبول المبنى على فصل فى مسألة دستورية [2]. فهو جزء من قضاء المحكمة الذى ينال الحجية . ولهذا فإنه كل تفسير تجريه المحكمة فى أسباب حكمها لا يحوز هذه الحجية ما لم يكن مرتبطا بالفصل فى مسألة دستورية ارتباط العلة بالمعلول . ويختلف هذا التفسير كل الاختلاف عن التفسير الملزم الذى يقدم طلبه إلى المحكمة الدستورية العليا المصرية طبقا للأوضاع والإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٣٣ من قانونها . ووجه الاختلاف أنه تفسير قضائى يصدر الحكم به بمناسبة دعوى دستورية[3]، بخلاف النوع الثانى ، فهو تفسير مستقل يصدر بناء على طلب . كما أن التفسير القضائى يتسع لكل من نصوص الدستور والنصوص التشريعية ، بخلاف النوع الثانى من التفسير، فإنه يقتصر على النصوص التشريعية دون نصوص الدستور[4].

كما ننبه أيضا إلى أنه لا يوجد ما يمنع من أن تفصل المحكمة الدستورية فى ثنايا أسبابها فى عدة مسائل دستورية ، يعتبر فصلها فيها مجتمعًا أساسا لمنطوق حكمها .

وهنا يجب أن نلاحظ أن التفسير القضائى الذى يعتد به هو ذلك الذى يعتبر أساسًا للفصل فى المسألة الدستورية . ولا غرابة فى ذلك ، طالما أن شرعية التفسير تتوقف على سلطة المحكمة الدستورية فى الرقابة الدستورية .

وفيما يلى نعرض لأنواع التفسير الذى يمكن أن تمارسه المحكمة .

---

(١) دستورية عليا فى ١٥ إبريل سنة ١٩٩٥ ، فى القضية رقم ١ لسنة ١٦ قضائية «تفسير» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ١ ص ٧٦٣ .

(٢) انظر دستورية عليا فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «منازعة تنفيذ دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد ٤٢ فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٩٨ .

(٣) فى هذا المعنى : دستورية عليا فى ٥ سبتمبر سنة ١٩٩٢ ، فى القضية رقم ٥٥ لسنة ٤ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية ، العدد ٣٩ فى ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٩٢ .

(٤) ومع ذلك فإن المحكمة العليا أصدرت دون سند من القانون قرارا بتفسير المادة ٩٤ من الدستور (القرار الصادر فى ١٥ مارس سنة ١٩٧٧ ، مجموعة أحكام وقرارات المحكمة العليا جـ ٢ ص ٣٤) . ولهذا انتهت إلى أن هذا التفسير غير ملزم (إدارية عليا فى ٩ إبريل ١٩٩٧ مجموعة أحكام الإدارية العليا فى ١٥ عاما - جـ ٣ ص ٢١٨٣ - ٢٢٠٣) وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا بوضوح عدم اختصاصها بإصدار تفسير ملزم لنصوص الدستور - بناء على طلب - (دستورية عليا فى أول مارس سنة ١٩٨٠ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ١ ص ٢٠٩) .

المطلب الأول
التفســـــير المقيـــــد

٨٨ ـ ماهيته

يتحقق التفسير المقيد بـاستخلاص مضمـون النص التشريعى بطريقـة مباشرة على نحـو يحدد نطاقـه، ومن خلال هـذا النـوع من فى التفسير، تتمكن المحكمة من تنقيـة النص التشريعى من عدة معان سطحية تشوب مدلوله القاعدى، وذلك على نحو يفيد المحكمة عند تحديد مضمون القاعدة القانونية المستخلصة من هذا النص[1] .

وتتقيـد المحكمـة فى قضائهـا بهذا التفسير، فهـو دعـامة لازمـة للفصل فى المسألـة الدستوريـة التى يتوقف عليها الفصل فى الدعوى الدستـورية، وبهذا الأسلوب يتمكن القـاضى من تنقيـة النص التشريعى من أجل استخـلاص صلاحيتـه القـاعديـة، أى استخلاص ما يحتويه من قواعد قـانونية . ويتم هذا الاستخلاص على درجات مختلفة . فهـو إما أن يفـرغ النص من أى مضمون قـاعـدى، وإما أن يحدد المضمـون القاعـدى للنص بطريقـة محايدة تتجنب الإفـراط فى استخلاصه . وفيما يلى نحـدد المقصود بهذين النوعين من التفسير المقيد .

٨٩ ـ (أولا) التفسير الذى يستخلص فراغ النص من أى مضمون قاعدى:

من خـلال هـذا التفسير ينكشف النص التشريعى فيبـدو خاليـا من أى مضمـون قانـونى، فهو أشبه بقـوقعة فارغـة، فيصبح النص فى ضوء هذا التفسير بمثـابة سراب قانونى يبدو من حيث الظاهر قابلا للتطبيق، ولكنه فى الحقيقة عديم الفاعلية . ويؤدى هذا التفسير إلى أن يصبح الحكم الذى انتهى إليه بمثـابة حكم بإبطال النص . والواقع

---

(١) انظر: Thierry Di Manno, op. cit., p. 131.

أنه رغم أن النص التشريعى لم يلحقه مساس فى الحكم، إلا أن تفسيره بهذا المنهج يجعله عديم الجوهر بلا مضمون قاعدى، وبذلك يتفق مع الحكم بالبطلان فى أمر واحد هو عدم إمكان تطبيق هذا النص إلا أنه لا يعتبر إبطالا بالمعنى القانونى، لأن الإبطال لا يرد إلا على نص يتضمن قاعدة قانونية، باعتبار أن هذه القاعدة هى التى يرد عليها عدم الدستورية. وقد لاحظ البعض أن هذا المنهج أقل قسوة من الحكم بإبطال النص غير الدستورى؛ لأن جعل النص خاليا من المضمون القاعدى ينطوى على نقد أخف من اعتبار التشريع مخالفا للدستور[1].

ومن هنا، فإن هذا المنهج التفسيرى يؤدى إلى إفلات التشريع من وصفه بعدم الدستورية، لأن إفراغ النص من أى مضمون قاعدى يؤدى بالضرورة إلى استحالة بحث مدى علاقته الدستورية، مما يستحيل معه إقامة مواجهة بين القواعد الدستورية، والقواعد التشريعية.

ويلاحظ أن هذا المنهج التفسيرى ليس بعيدا عن منهج إعلان عدم الدستورية وفقا للمنهج الأمريكى فى الرقابة. فالمحكمة العليا الأمريكية حين تقضى بعدم دستورية التشريع لا تقضى بإبطاله، وإنما تقضى بمجرد استبعاده أى بعدم تطبيقه، وهو ما يعنى إفراغه من مضمونه، مما يستحيل معه تطبيقه، فيصبح تشريعا ميتا "Dead Law"[2].

ومن المقرر قانونا أن القاعدة القانونية يجب أن تكون عامة ومجردة، أى تخاطب عددا من الأشخاص غير محددين بذواتهم، وإنما يتحددون بخصائصهم العامة، مستهدفة تطبيقها عليهم بصفة عامة. هذا مع ملاحظة أن بعض التشريعات قد تصدر بصفة مؤقتة دون أن تفقد عموميتها وتجريدها. وفى هذا السياق قضت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بأن عموم القاعدة القانونية لا يعنى انصرافها إلى جميع الموجودين على إقليم الدولة، أو انبساطها على كل ما يصدر عنهم من أفعال، وإنما تتوافر للقاعدة القانونية مقوماتها بانتفاء التخصيص، ويتحقق ذلك إذا سنها المشرع مجردة من الاعتداد

---

(١) Thierry Di Manno, op. cit., p.132.

(٢) D.Broussolle, Les lois déclareés inopérantes par le juge constitutionnel, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1985, p.732.

بشخص معين أو بواقعة بذاتها معينة تحديدا[١]. وقضت بأنه إذا ورد نص تشريعى فى صيغة عامة ولم يقم دليل على تخصيصها ، تعين حمل هذا النص على عمومه[٢].

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا سالفة الذكر برفض الدعوى بعدم دستورية المادة الثانية من القرار بقانون رقم ١٨٣ لسنة ١٩٩٣ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية وقوانين الهيئات القضائية على أساس أن هذه المادة تتكامل مع المادة الأولى من هذا القرار بقانون، ويمتد مجال تطبيقهما بالضرورة إلى أشخاص غير محددين بذواتهم، ليتمخض عن قاعدة موضوعية لا تخصيص فيها[٣]. ويرتبط هذا المعنى كل الارتباط بمبدأ المساواة أمام القانون، لأنه يفترض تطبيقه بصورة عامة ومجردة على جميع أصحاب المراكز القانونية المتماثلة .

ومع ذلك، فيجب أن يلاحظ أن هناك بعض التشريعات القائمة بذاتها والتى لا تتضمن قواعد قانونية مثل قانون ربط الموازنة. ولا تفلت هذه التشريعات على أية حال من الرقابة الدستورية من حيث الشكل. وهذا ما أكده المجلس الدستورى الفرنسى[٤].

فإذا انصبت الدعوى الدستورية على عدم مطابقة التشريع للدستور من حيث الموضوع، واستخلصت المحكمة من النصوص المطعون عليها عدم تضمنها أية قواعد قانونية، استحالت الرقابة الدستورية مما يتعين الحكم بعدم قبول الدعوى الدستورية ، لأنه وقد تعذر استخلاص قاعدة قانونية من التشريع لم يعد النص قابلا للتطبيق على نزاع معين. وهذا ما اتبعته المحكمة الدستورية الإيطالية[٥]. وقد قضت بأن القانون الذى ينص على مد العمل بقانون معين، ينطوى على قاعدة قانونية بالنص إلى واقعة مد العمل بقانون معين، ولكنه لا ينطوى على هذه القاعدة بالنسبة إلى التأكيد الضمنى

---

(١) دستورية عليا فى ٢٠ مارس سنة ١٩٩٣ ، القضية رقم ٦٣ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٩٩ ص ٢٢٦، ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ١٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٧، قاعدة رقم ٩ ص ١٧٦ .

(٢) دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول)قاعدة ٣٤ ص٣٠٧.

(٣) دستورية عليا ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥ السالف الإشارة إليه .

(٤) Décision No. 83-164 Dc du 29 Décembre 1983, Recueil, op. cit., p. 166.

(٥) انظر فى ذلك : Thierry Di Manno, op. cit., p.140-141.

للقواعد التى تتضمنها نصوص هذا القانون، لأن هذا التأكيد فى حد ذاته لا ينطوى على مضمون قاعدى له آثار قانونية منفصلة عن آثار القانون الأصلى[1]. وفى هذا المعنى قضت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بأنه إذا كان النص التشريعى المطعون عليه قد أحال فى مجال تحديد الأموال وقيمة التعويضات المستحقة لأصحابها إلى تنظيم تشريعى معين، فإن الأحكام المحال إليها ــ فى مجال تطبيق كل منها وبالنسبة إلى المخاطبين بها ـ تكون هى مناط الرقابة التى تباشرها المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين واللوائح، وهى التى ينبغى أن يتناولها الطعن بعدم الدستورية إذا كان تطبيقها على المدعين قد أخل بمصالحهم الشخصية المباشرة[2]. وقضى المجلس الدستورى الفرنسى بأن النصوص التشريعية التى يتضمنها تشريع يتضمن إرشادات بشأن تهيئة استغلال وتنمية الإقليم لا تتضمن قواعد قانونية لأنها خالية من عنصر الإلزام[3].

٩٠ ـ (ثانيا) التفسير الذى يستخلص المضمون القاعدى للنصوص بطريقة محايدة

يعمل هذا التفسير على إعطاء النص التشريعى المطعون عليه مضمونه القاعدى بطريقة محايدة، فيعطيه معناه الحقيقى الذى لا يتفق مع معناه الظاهر.

ويتم هذا التفسير من خلال طريقين، (أولهما): تجانس وتكامل القواعد التشريعية. و(ثانيهما): تفسير النصوص التشريعية لتحديد نطاقها القاعدى فى ضوء مقاصد المشرع والمصلحة الاجتماعية التى توخاها.

(١) التفسير من خلال تجانس وتكامل القواعد التشريعية

فالمحكمة الدستورية لا يمكنها أن تباشر رقابتها إلا إذا كانت هذه النصوص تتضمن قواعد تشريعية متجانسة متكاملة. فلا يجوز تفسير النص التشريعى على نحو يجرده من الأساس المنطقى مما يجعله منطويا على خطأ من حيث الظاهر، ومتضمنا قاعدة غير متماسكة. فلا يجوز بناء على ذلك تأسيس الدعوى الدستورية على تفسير

---

(١) مشار إلى هذا الحكم فى مؤلف: Thierry Di Manno, op. cit., p.143.

(٢) دستورية عليا فى ٥ سبتمبر سنة ١٩٩٢، فى القضية رقم ٥٥ لسنة ٤ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا، الجزء الخامس، المجلد الثانى، قاعدة رقم ٢ ص ٢٠.

(٣) Décision No. 94 - 358, du 26 Janvier 1995, Recueil, p.624.

خاطئ للنص التشريعى المطعون عليه، وحق للمحكمة الدستورية أن تعطى لهذا النص معناه الصحيح، لأنه لا يجوز الحكم بعدم دستورية نص بناء على تفسير له غير سليم(١).

وقد اتبعت المحكمـة الدستورية العليـا فى مصر هذا المبدأ (٢). واستقر قضاؤها فى هذا الشأن على مبدأين:

أ ـ رفع التناقض بين النصوص

استقر قضـاء المحكمة الدسـتورية العليـا على أنه عند تفسير النصـوص التشريعية يجب إزالة التعـارض بين أجزائهـا، ويكفل اتصـال أحكامهـا فيما بينها لتغـدو جميعها منصرفة إلى الوجهة عينها التى ابتغاها المشرع من وراء تقريرها (٣).

ب ـ أن النص الخاص يقيد النص العام

وفى هذا الشأن قـالت المحكمة الدستـورية العليا: أنـه إذا وضع اللفظ لمعنى واحد على سبيل الشمـول والاستغـراق عـاد منصرفـا إلى جميع أفـراده من غير حصر فى عـدد معين، ومن ثم كـان العام دالا على الشمـول والاستغـراق ولا يخصص بغير دليل، فإذا خصص العـام بغير دليل، كـان ذلـك تأويـلا غير مقبـول (٤). وأكدت المحكمـة الدستـورية العليا فى مصر هـذا المعنى فى قولها بأن العام لا يخصص إلا بـدليل ولا يقيد المطلق إلا بقرينة، وبانتفائهـا لا يسوغ إسباغ معنى آخر على النص التشريعى وإلا كان تأويلا غير مقبـول والتفافا حول المصلحـة الاجتماعية التى تظاهر النصـوص التشريعية جميعها وتعتبر هدفا نهائيا لها (٥).

ولاشك أنه عنـد التعارض بين النصوص تغلب القـاعدة التى يمكن استخـلاصها صراحة من النص على القاعدة التى يمكن استخلاصها بطريقة ضمنية.

---

(١) انظر قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية فى هذا المعنى مشارا إليه فى: Thierry Di Manno, p.160.

(٢) انظر دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٦٥ لسنة ٤ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٣٤ ص ٣٠٧.

(٣) الدستـورية العليـا فى ٦ فبراير لسنة ١٩٩٣ فى القضيـة رقم ٣٧ لسنة ٩ قضائيـة (دستوريـة) وقرار التفسير الصادر بجلسة ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ المشار إليه أعلاه.

(٤) قرار المحكمة الدستورية العليا فى ٣٠ ينـاير سنة ١٩٩٣ فى طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية (تفسير) المشار إليها من قبل.

(٥) الدستـورية العليا فى ٢٠ يـونية سنة ١٩٩٤ فى القضيـة رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائيـة «دستورية»، المجمـوعة السابقة، قاعدة رقم ٢٦ ص ٣٠٢.

ولاشك أن المحكمة فى تفسيرها للنصوص التشريعية يجب أن تراعى الضابطين الأول والثانى فى ذات الوقت، بما يكشف عن المقاصد الحقيقية للمشرع ويستجلى المصلحة الاجتماعية التى توخاها التشريع. ولا يجوز الخلط بين معنى النص وروحه، فإذا كان معناه واضحا من مقاصد المشرع وغايته نحو تحقيق المصلحة الاجتماعية، فلا يجوز ترك هذا المعنى فى ضوء روح النص بناء على عوامل خارج النص ذاته، فروح النص هى لاستجلاء مقاصد المشرع وغايته لا للابتعاد عنها [1].

وقضت المحكمة الدستورية العليا الإيطالية فى دعوى دستورية أسست بناء على صدور القانون رقم ٣٨٦ فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٩٠ بشأن تنظيم العقوبات الموقعة فى مسائل الشيكات المصرفية، وتضمن إلغاء المادة ١١٦ من المرسوم الملكى رقم ١٧٣٦ لسنة ١٩٣٣ بشأن جريمة إصدار شيك مصرفى بدون رصيد بناء على أن المادة ١١ من القانون الجديد الصادر سنة ١٩٩٠ قد أخرج هذه الجريمة إذا كانت قد وقعت قبل العمل بها من نطاق العقوبات المغلظة التى تضمنها، بشرط أن يكون المتهم قد بدأ فى سداد قيمة الشيك والفوائد والتعويضات الجزائية والمصروفات المترتبة على فعله، وأنه بذلك تكون المادة ١١ من القانون الجديد قد خالفت مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فيما تضمنته من تطبيق القانون بعقوباته المغلظة بأثر رجعى على الجرائم التى وقعت قبل العمل به إذا لم ينفذ المتهم الشرط الذى استحدثه القانون الجديد. إلا أن المحكمة الدستورية الإيطالية رفضت هذه الدعوى لتأسيسها من قبل محكمة الموضوع على تفسير غير سليم للقانون الجديد، باعتبار أن هذا القانون حين ألغى المادة ١١٦ من المرسوم الملكى رقم ١٧٤٦ سنة ١٩٣٣ الذى نص على جريمة إصدار شيك بدون رصيد استبعد إمكان تطبيق هذه المادة بأثر رجعى، وذلك فى ضوء سائر نصوص القانون الجديد التى ألغت بعض الجرائم التى كانت منصوصا عليها فى المادة ١١٦ المذكورة، واستحدثت جرائم تختلف فى عناصرها عن الجرائم التى وقعت فى ظل المادة ١١٦ المذكورة، مما لا يتصور معه تطبيق القانون الجديد بأثر رجعى على الجرائم التى كانت

---

(١) وفى ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا بأن الاستعانة بالتطور التاريخى للنصوص القانونية التى تفسرها تفسيرا تشريعيا، وكذلك بالأعمال التحضيرية الممهدة لها سواء كانت هذه الأعمال قد سبقتها أو عاصرتها تعين المحكمة على استخلاص مقاصد المشرع التى يفترض فى النص محل التفسير أن يعكسها معبرا بأمانه عنها (قرار المحكمة الدستورية العليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ فى طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية (تفسير).

تحكمها المادة ١١٦ سالفة الذكر، لأن العقوبات التى نص عليها هذا القانون خصصت لجرائم مختلفة عن تلك الجرائم[١].

(٢) تفسير النصوص التشريعية لتحديد نطاقها القاعدى فى ضوء مقاصد المشرع والمصلحة الاجتماعية التى توخاها

تلجأ المحكمة الدستورية فى سبيل تحديد القواعد القانونية التى عبرت عنها النصوص التشريعية إلى استلهام مقاصد المشرع والمصلحة الاجتماعيةالتى توخاها كغاية نهائية يمكن فى ضوئها تحديد الإطار السليم للقواعد القانونية التى يعبر عنها. ويتحقق ذلك من خلال الضابطين الآتيين :

أ- الوقوف على المقاصد الحقيقية التى توختها السلطة التشريعية من وراء إقرارها للنصوص القانونية :

وهى مقاصد لا يجوز توهمها أو افتراضها كى لا تحمل هذه النصوص على غير المعنى المقصود منها ابتداء، بل مناطها ما تغياه المشرع حقا حين صاغها، وتلك هى الإرادة الحقيقية التى لا يجوز الالتواء بها، ويفترض فى النصوص القانونية أن تكون كاشفة عنها مبلورة لها وهى بعد إرادة لا يجوز انتحالها بما يناقض عبارة النص ذاتها أو يعتبر مسخا أو تشويها لها أو نكولا عن حقيقة مراميها أو انتزاعا لبعض ألفاظها عن سياقها[٢].

ومن الأحكام الحديثة فى هذا الشأن ما قضت به المحكمة الدستورية العليا فى مصر بشأن تعريف المرفق العام بأنه لا يكون كذلك إلا بالنظر إلى موضوع الأعمال التى يباشرها ومردودها ونظم إدارتها، وأن ما يعتبر معيارا ماديا لهذا المرفق، إنما يتصل بطبيعة الأعمال التى يؤديها، ولا يجوز بالتالى أن يختلط بالجهة التى تقوم على إدارتها، فقد تكون شخصا عاما، أو يعهد بها إلى أحد أشخاص القانون الخاص[٣].

هذا ويجب أن يلاحظ وفقا لمنهج الرقابة اللاحقة، أن المحكمة الدستورية تستشف

---

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية فى ١٩ يناير سنة ١٩٩٣ وقد أشار إليه :
Thierry Di Manno, op. cit., p.161.

(٢) دستورية عليا فى ٢٠ يونية لسنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٣٤ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ ، قاعدة رقم ٢٦ ص ٣٠٢.

(٣) دستورية عليا فى ٩ مايو سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٤١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية (العدد ٢١) فى ٢١ مايو ١٩٩٨ .

هذه الأغراض من خلال تطبيق التشريع ، فهى تـراقب دستورية تشريع حى لا تشريع جامد لم ينطق بعد بالحياة كما هو الحال فى الرقابة السابقة ، أو فى الرقابة المجردة فى بعض النظم ، حيث تتم الرقـابة بعد مدة بسيطـة من إقرار القانـون . وقد نشأ بسبب ذلك فى إيطاليا فقه القانون الحى "Doctrine du Droit vivant" [1]، لكي يشير إلى القانون فى ضـوء تطبيقاتـه لدى القضـاء العادى ، وانعكـاسـاته على المجتمع وكـذا انعكاسـات المجتمع على القـانـون ، أو بعبـارة أخـرى فى ضـوء تفسيره المستقـر "Interprétation consolidée" لدى القضاء العادى ، على أساس أنه وإذا كان (القانون الحى) من صنع المشرع إلا أنـه قـد شـارك فى صنعـه كل من القضـاء والسلطـة التنفيـذيـة والجماعـات الاجتماعية والأفراد . فكلهم أثروا فى تحديد معناه ، ونطاقه فى الحياة الاجتماعية [2]. وليس معنى ذلك تقيد المحكمـة الدستوريـة بالمنهج أو التفسير العملى للتشريع ، فـالمهم هو معرفة آثار التشريع على المجتمع لفهم نطاقه وتحديد مقـاصده بطريقة حية نابضة . لهذا ذهبت المحكمـة الدستـورية الإيطـالية فى العديـد من أحكـامها إلى الأخـذ فى الاعتبار بالتفسير الـدقيق الذى يعطى للقاعـدة التشريعية قيمتها الحقيقيـة فى الحياة القانـونية ، طالما أن القـواعد القانـونية ليست كما تظهر فى ثـوبها المحدد فى النص التشريعى ، وإنما هى تلك التى تظهر من خـلال التطبيق القضائى اليومى الـذى يعمل دائما على جعلها أكثر دقة فأكثر فاعلية [3]، بشرط أن يكون قضـاء مستقرًا ، أو حاكمًا ، أو متـوطدًا ، أو غالبًـا ، أو مؤكدًا فى معظم الأحوال ، أو مـوحدًا فى عدد كبير من السنـوات ، أو مقبولا بوجه عام[4]. إلا أنها أكـدت فى ذات الـوقت سلطتهـا فى التفسير لكل من القـاعـدة الدستوريـة والقاعدة التشريعية ، مع أخـذها بالمعنى الذى اعتبرت القـاعدة التشريعية

---

(١) راجع فيما تقدم بند ٧٤ ص ٢١٤ و٢١٥ . انظر: Gustavo Zagrereblsky; la doctrine du "droit vivant", Annuaire Internationnal de justice constitutionnelle, 1986, pp.ss et s.

(٢) انظر: G. Zagrebelsky; La doctrine du "droit vivant", Annuaire International de la justice constitutionnelle 1986, p.55 - 76.

(٣) Gsutavo Zagrereblsky, op. cit., p.56.

وقد قيل بأن قضاء محكمة النقض ، وخاصة فى هيئتهاالعامة يمثل بطبيعة الحال مصدرا متميزا للقانون الحى .
(La constitutionnalisation des branches du droit, Actes de l'Atelier du IIIe congrés de l'Association Française des constitutionnalistes, Economica, 1998, p.32.

(٤) المرجع السابق ، ص ٣٣ .

بمقتضـاه قانـونـا حيـا ، فهو معنى لا يمكـن تجنبه فى مقـام تحديـد مدى اتفـاقهـا مع الدستور[١].

وفى فرنسـا على الرغم من أن الرقـابة الدستوريـة السابقة تحول بـلا شك دون الأخذ بنظريـة القانـون الحى والتى لا مجال لتطبيقها إلا فى الـرقابـة اللاحقـة ، إلا أن المجلس الدسـتورى سنحت له الفـرصة فى أن يأخذ بهذه النظـرية بمناسبـة الرقـابة الدسـتورية السابقة على نص مماثل لقانون سابق فسره القضاء العادى ، أو بمناسبة نص يكمل نصا سابقا طبقه القضاء العادى متمثلا فى محكمة النقض ومجلس الدولة[٢].

وواقع الأمر، أن تحديـد معنى القانون عنـد تطبيقه يفيد فى تحديد القـاعدة القانـونية عند بحث مدى اتفاقها مع الدستـور، دون أن يغل سلطة المحكمة الدستورية العليا فى تفسيره فى الدعوى الـدستورية على الوجه الصحيح كما تراه ، وذلك بـاعتبار أن المطروح أمام المحكمةالدستـورية العليا هو القاعدة القانـونية من خلال النص التشريعى الذى

---

(١) انظر أحكام الدستور الإيطالية المشار إليها فى المرجع السابق ص ٣٤ و ٣٥.

(٢) ومن قبيل ذلك أن المجلس الدستورى الفرنسى كان قد أبطل نشرة دوريـة تبيح لجهة الإدارة سلطة تقديرية فى الإذن بسفـر الأجانب إلى الخارج ، على أسـاس أن هـذا الإذن يعتبر قيدا على حـريـة التنقل التى تسمح لصاحبها بمغادرة البلاد. وبمناسبة الطعن بعدم دستورية قانون Pasque الخاص بالهجرة الذى منح جهة الإدارة رخصة اشتراط الإخطار السابق من الأجنبى قبل مغادرته البلاد بالنسبة لبعض فئات من الأجانب، قرر المجلس الدسـتورى أن هذا القانون لم يضع قيدا على حريـة التنقل اعتمادا على تفسير مجلس الدولة بأن جهة الإدارة لا تملك سلطة تقديرية حول تنقل الأجانب (Déc. no 93-325 du 13 août 1993, Recueil, op. cit., p. 539) كما أن محكمة النقض الفرنسية كانت قد أصدرت حكما فى ١٠ نوفمبر ١٩٩٢ (coim. 10 novembre 1992, D. 1993, no. 3, p. 36) قضت فيـه بأن سلطـة البـوليس الإدارى فى التحقق من الشخصية لمنع الأخطار المهـددة للنظام العام لا يمكن تبريرهـا إلا إذا كان التهديد بالخطـر متصلا مباشرة بسلـوك الشخص. ولما عرض على المجلس الـدستـورى الفرنسى قـانون يتعلق بـالـرقابـة على التحقق من الشخصية ، قرر بأن تعديل المادة ٧٨/ ٢ إجراءات جنائية المتعلقة بالتحقق من الشخصية (مهما كان سلوك الشخص) قـرر هـذا المجلس أنـه يجب على السلطـة المختصـة أن تبرر فى كل الحالات الظـروف التى استخلصت منها تـوافر الخطـر المهدد للنظام العـام الذى خـول لها التحقق من شخصية الفـرد، وأضاف المجلس أن القضاء بـوصفه حارسا للحـريات يراقب شروط المشروعيـة المتعلقة بهذه المبررات التى أدت إلى خضوع الشخص لتحقيق الشخصية. (Déc. no 93-325 du 13 août 1993, Recueil, op. cit., p. 539) وواضح من قـرار المجلس الـدستـورى أنـه أخضع تفسير النص التشريعى الـذى أبـاح التحقق من الشخصية (مهما كـان سلوك الشخص) بمفهومـه لدى محكمة النقض ، حين جعل القضـاء كحارس على الحريات رقيبـا على التحقق من شروط المشروعية فى التحقق من الشخصيـة. (انظر: Alexandre Viala, op. cit., p. 281)

عبر عنها لبيان مدى مطابقتها للدستور، وليس المطروح أمامها هو تفسير القضاء العادى للقاعدة القانونية ذاتها. فالمطعون عليه هو النص التشريعى وليست الأحكام القضائية الصادرة بناء عليه. فنظرية القانون الحى لا تقيد المحكمة الدستورية، وإنما تنير لها الطريق عند تفسير القاعدة القانونية التى تتضمنها النصوص المطعون عليها.

ونظرة المحكمة الدستورية لأحكام القضاء العادى ليست نظرة القاضى الأعلى درجة وإنما هى نظرة القاضى الدستورى، فإن أخذت بالتفسير الذى اعتنقه القضاء العادى منحته شهادة المطابقة الدستورية.

ب ـ المصلحة الاجتماعية غاية نهائية لكل تشريع وإطار لتحديد معناه.

وفى هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا إن النصوص التشريعية لا تصاغ فى الفراغ، ولا يجوز انتزاعها عن واقعها محددا بمراعاة المصلحة المقصودة منها، وهى بعد مصلحة اجتماعية يتعين أن تدور هذه النصوص فى فلكها، ويفترض دوما أن المشرع رمى إلى بلوغها متخذا من صياغته للنصوص التشريعية سبيلا إليها، ومن ثم تكون هذه المصلحةالاجتماعية غاية نهائية لكل نص تشريعى وإطارا لتحديد معناه(١).

---

(١) دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٤٠/ ١٣ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الثانى) قاعدة رقم ١٧ ص ٢١٢.

المطلب الثـــانى
التفســـير الإنشـــائى

٩١ ـ ماهيته

بينّا أن التفسير المقيد يعمل على تنقية النص التشريعى من عدة معان سطحية تشوبه فى مقام تحديد مضمونه القاعدى، وذلك باستخلاص هذا المضمون من النص التشريعى، سواء بالوصول إلى خلو النص من أى قاعدة قانونية، أو بالوصول إلى تحديد محايد لمضمون القاعدة القانونية التى يعبر عنها النص. وبالإضافة إلى هذا التفسير المقيد، يوجد التفسير الإنشائى الذى تبناه بعض القضاء الدستورى مستهدفًا إثراء المضمون القاعدى للنص بتوسيع نطاقه. وبعبارة أخرى، فإنه إذا كان التفسير المقيد لا يضفى جديدا على استخلاص مضمون النص التشريعى لأن مهمته إزالة الشوائب التى تعوق القاعدة القانونية منه. فإن التفسير الإنشائى، على العكس من ذلك، يسمح بإدخال عنصر جديد على النص التشريعى لكى يسمح بإنقاذه من حمأة عدم الدستورية على نحو يجعله مطابقا للدستور(١).

وقد عرف العميد فافورى Favoreu هذا المنهج التفسيرى بأنه يضفى على النص لونا يجعله مطابقا للدستور. ولهذا سميت الأحكام التى تبنى على هذا النوع من التفسير بالأحكام المضيفة "Additives". وقد يترتب على هذا المنهج الإنشائى استخلاص قاعدة قانونية من النص غير التى يعبر عنها ظاهره. ولهذا سميت الأحكام التى تبنى على هذا النوع من التفسير بالأحكام الاستبدالية "Substitutives". وقد أخذت به بعض جهات القضاء الدستورى لإصدار ما يسمى بالأحكام المشروطة(٢)، وذلك باعتبار التفسير الإنشائى الذى يلجأ إليه القضاء الدستورى فى سبيل إنقاذ

---

(١) انظر: Thierry Di Manno, op. cit., p.231.

(٢) انظر فيما بعد بند ١٠٤ رقم (٣).

النص التشريعى من السقوط فى حمأة عدم الدستورية يعتبر شرطا لدستورية هذا النص . وقد لوحظ أن المجلس الدستورى الفرنسى قد لجأ إلى هذا التفسير منذ سنة ١٩٥٩[1].

وهذا النوع من التفسير طالما أنه يرد على المضمون القاعدى للنص المطعون فيه ، فإنه يعتبر دعامة للحكم الفاصل فى المسألة الدستورية سواء انتهى إلى عدم الدستورية أو إلى رفض الدعوى الدستورية إذا كان هذا التفسير عمادًا لقضائها .

على أن هذا النوع من التفسير لا يجوز أن يتجاوز اعتبارين أساسيين ؛ هما احترام الدستور واحترام إرادة المشرع عند وضع النص . فلا يجوز أن يتحول القضاء الدستورى من خلال هذا التفسير إلى مشرع دستورى أو إلى مشرع عادى .

وينقسم منهج التفسير الإنشائى الذى تبناه بعض القضاء الدستورى إلى نوعين ، هما المنهج المضيف ، والمنهج الاستبدالى .

٩٢ - (أولا) المنهج التفسيرى المضيف

يتمثل هذا المنهج فى معالجة نقص التشريع ، عندما يثير مشكلة الرقابة الدستورية على امتناع المشرع . وقد رأينا فيما سبق[1] كيف أنه فى مجال الرقابة غير المباشرة على امتناع المشرع ، اتجهت المحكمة الدستورية الإيطالية لمعالجة نقص النطاق القاعدى للنص التشريعى عما يجب أن يكون عليه حتى يتفق مع أحكام الدستور. مثال ذلك ، ما قضت به المحكمة الدستورية الإيطالية من تفسير النص الذى قرر لوزير العدل سلطة عرض شئون رجال القضاء على المجلس الأعلى للقضاء بأنه لا يستبعد سلطة المجلس فى بحث هذه الشئون من تلقاء نفسه ، حتى يعتبر النص دستوريا[2]. فالقاضى الدستورى يفسر النص التشريعى من أجل أن يصدر حكمه على مدى دستوريته ، ويفسر النص الدستورى من أجل تطبيقه . والتفسير الذى يعتمده القاضى للنص التشريعى يعتبر شرطا لدستوريته .

---

(١) Alexandre Viala, Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, L.G.D.I, Paris, 1999, p. 18 et 20.

(٢) انظر ما تقدم بند ٧٠ .

وقد أوضحنا فى مجال ذكر الرقابة الدستورية فى النمسا ، كيف أن المحكمة الدستورية قد استخلصت امتناع المشرع عن معالجة وضع معين يؤدى إلى أن تكون القاعدة القانونية لها مضمون يتنافى مع مبدأ المساواة[١].

والواقع ، أن الحكم بعدم الدستوريةبسبب عدم النص على قاعدة معينة، ينطوى على تفسير بوجود قاعدة بعكس المعنى المطلوب توفيره لتفادى عدم الدستورية . فإذا قضت المحكمة بعدم الدستورية انطوى هذا الحكم على استخلاص ضمنى لقاعدة سلبية تستفاد من سكوت المشرع . أما إذا قضت المحكمة بالدستورية، انطوى ذلك على تفسير امتناع المشرع بوجود القاعدة التى أغفلها التشريع، بما يؤدى إلى اتفاق النص مع الدستور[٢].

وأوضحنا أيضا أن المحكمة الدستورية فى مجال التفسير لها أن تصلح النقص التشريعى فى النص المطعون عليه، وإعطاء النص تفسيرا يتفق مع الدستور[٣].

ونلاحظ أن المنهج التفسيرى المضيف يستند فى حقيقة الأمر على تكامل نصوص التشريع، ورفع التناقض بين النصوص، وعلى توخى المقاصد الحقيقية التى استهدفها المشرع من وراء إقرار التشريع . وكلها ضوابط مشتركة يعتمد عليها المنهج التفسيرى أيا كانت أنواعه .

٩٣ - (ثانيا) المنهج التفسيرى الاستبدالى

يتميز المنهج التفسيرى الاستبدالى باستيفاء متطلبات مبدأ الدستورية، وذلك بهدف مزدوج هو تجنب استخلاص قاعدة مخالفة للدستور أو جزء منها من النص التشريعى المطعون عليها، و استخلاص قاعدة أخرى تتفق مع المتطلبات الدستورية من ناحية أخرى . ويلاحظ أنه وفقا لهذا النوع الأخير من التفسير، فإن النص التشريعى لا يعتبر مخالفا للدستور بعد أن يخضع لهذا النوع من التفسير الذى تعتنقه المحكمة الدستورية العليا . وبعبارة أخرى، فإن تفسير النص التشريعى الذى ينتهى إلى مطابقته مع

---

(١) انظر ما تقدم بند ٧٠ .

(٢) انظر: Thierry Di Manno, op. cit., p.245.

(٣) انظر ما تقدم فى بند ٧٠ .

الدستور يعتبر شرطا لهذه الدستورية[١]. وطالما أن هذا التفسير كان خطوة لازمة للرقابة الدستورية على النص، فإنه يعتبر ملزما وحجة بكل ما يتمتع به حكم المحكمة من قوة إلـزامية وحجيـة. وقد التجأ المجلس الـدستورى الفـرنسى إلى هذا النـوع من التفسير، وسمى بالحل الوسط بين الرفض والبطـلان لأنه يعطى للنص التشريعى تفسيرا يعصمه من البطلان لعيب عدم الدستورية[٢].

ويتميز هـذا المنهج الاستبدالى عن المنهج المضيـف، فى أن هذا المنهج الأخير يهدف إلى وضع جزاء على امتنـاع المشرع من خلال استخلاص قاعـدة سلبية تجعل النص غير متفق مع الـدستور. أمـا المنهج الاستبدالى فإنـه يعمل على عدم استخـلاص القاعـدة الإيجابية المخالفة للدستور من النص المطعـون عليه واستخلاص قاعدة أخرى تتفق مع الدستور. فوفقا للمنهج المضيف، تستخلص عدم دستورية التشريع من النص لأنه لم يذكـر شيئا معينا. أمـا وفقا للمنهج الاستبدالى فإنـه يتم إضفاء الدستـورية على النص بسبب ذكره شيئـا معينا، ثم تُستبـدل بها يستخلص من هذا الشىء فكـرة من شأنها أن تنقذ النص من عيب عـدم الدستوريـة. فهذا المنهج يصلح نقصا تشريعيا، بـاستبعاد القاعدة المشوبة بعدم الـدستورية فى مجال تفسير النص ووضع تفسير يستخلص قاعدة تشريعية مطابقة للدستور.

وقد التجأت المحكمـة الدستـورية الإيطـالية إلى هذا المنهـج التفسيرى، من خلال الحكم بالبطلان الجزئى للنص للـوصول إلى نوع من إحلال القواعد القـانونية. وقيل فى شرح ذلك إلى أن الذى يعتنق منهج التفسير الاستبدالى يستأصل القاعدة التى عبر عنها النص أو جزءا منهـا، مما يخلق فى ذاتـه فراغـا فى النص، سرعان مـا يملؤه التفسير من خلال مـلأ هذا الفراغ بقاعـدة أخرى. مثال ذلك، مـا قضت به المحكمة الدستـورية الإيطالية من عدم دستورية الفقرة الثـالثة من المادة ٣١٣ من قانون العقوبات فى حدود ما نصت عليـه من تخويل وزير العدل سلطـة رفع الدعـوى عن جرائم إهانـة المحكمة الدستوريـة، تأسيسا على أنها وحدها بحكـم مسئوليتها فى ضمان فاعليـة مبدأ الشرعية وإخضاع أعمال السلطـات للدستور، تملك ممارسة رفع الـدعاوى الجنائيـة عن جرائم

---

(١) Alexandre Viala, op. cit., p. 65.

(٢) Alexandre Viala, op. cit., p. 17.

الإهانة الموجهة إليهـا ، مما يقتضى الحكم بعدم دستورية الفقرة سـالفة الذكر فيما نصت عليه من تخويل هذه السلطة لوزير العدل[1]. وواضح من هذا الحكم أن المحكمة بعد أن أبطلت النص إبطـالا جزئيـا (فى خصوصيـة سلطـة وزير العـدل فى رفع الدعـوى) أقامت قاعدة قـانونية يعطيها الحق فى رفع هذه الدعوى. وقضت المحكمـة الدستورية الإيطالية أيضا بعـدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ٢٣ من قانـون الإجراءات الجنائية فيما نصت عليـه من أن المحكمـة إذا تبينت عـدم اختصـاصهـا النـوعى تحكم بعـدم اختصاصها وتـأمر بإحالة الأوراق إلى المحكمـة المختصة، تأسيسا على أنه وفقـا لقانون الإجراءات الجنـائية يملك المتهـم حق طلب محاكمته وفق إجـراءات خاصـة ، محاكمة إيجازية Procés abrégé ، وأن إحالة الأوراق إلى المحكمة المختصة بدلا من إحالتها إلى النيابة العـامة يحرمه من تقديم هـذا الطلب إلى النيابة العامة، الأمـر الذى ينطوى على إخلال بحقوق الدفاع. ولقد لجأت المحكمة الدستورية إلى المنهج الاستبدالى فاقتصرت على الحكم بعدم الـدستورية الجزئى فيما يتعلق بإحـالة القضية إلى المحكمـة المختصة، تاركـة الأمر نتيجـة لهذا الحكم للقواعـد العامـة التى تقضى بإحالـة القضية إلى النيـابة العامة[2]. والتجأت المحكمـة الدستـوريـة الألمانيـة إلى هذا النـوع من التفسير فى مجال البحث فى شرط المصلحة الـذى يدور حـول مدى تعلق المسألـة الدستوريـة بالـدعوى المنظورة أمام القاضى العادى[3]. كما التجأت المحكمة الدستورية الألمانية إلى هذا النوع من التفسير الاستبدالى لحماية النص المطعون عليه من خلال إعطائه مضمونا معينا يتفق مع الدستـور، وذلك لما يترتب على الأثر الكـاشف للحكم بعدم الـدستوريـة من آثار خطيرة على النظام القانونى[4]. ولوحظ أيضا أن المجلس الدستورى الفرنسى قد لجأ إلى هذه الوسيلة بحثا عن التفسير الذى يجعل النص المطعون عليه متفقا مع الدستور[5].

---

(١) حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ١٥ لسنة ١٩٦٩ مشارا إليه فى مؤلف:
Thierry Di Manno, op. cit., p.262.

(٢) حكم المحكمة الدستورية الإيطالية رقم ٧٦ لسنة ١٩٩٣ مشار إليه فى مؤلف:
Thierry Di Manno, op. cit., p.263.

(٣) دستورية عليا فى ٤ مايو سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٣٤ ص ٥٧٤.

(٤) Pizzorusso, Procédures et technique de protection des droits fondamentaux, Cour constitutionnelle Italienne in Cours constitutionnelles Europennes et droits fondamentaux, Actes du II ème colloque d'Aix en provence, Economica, 1982, p.172.

(٥) J. C. Beguin, op. cit., p.187.

وقد أخـذت المحكمة الدستـورية العليـا فى مصر بهذا المنهج الاستبدالى فقضت[1] بأن عليها ألا تفصل فيما يثيره الطعن على النصوص القـانونية من المسائل الـدستورية ، كلما كان بوسعها أن تتجنبها من خلال إسناد المخالفة المدعى بها إلى أساس آخر يستقيم عقلا معهـا ويصححها. وبنـاء على هذا المنهج التفسيرى ، قضت المحكمـة بأن قرار وزيـر المالية رقم ٣٨١ لسنـة ١٩٨٢ حتى وإن صح القـول ببطلانـه لصدوره بنـاء على تنظيم بـاطل ممثلا فى القـرار بقـانـون رقم ٤٢ لسنـة ١٩٦٧ فى شأن التفـويض فى الاختصاصات ـ إلا أن قـرار وزير الماليـة ، يظل محمولا على نص الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ مكررا من القانون الجمركى ـ التى أحـال فعلا إليها ـ والتى لا يجوز بمقتضاها رفع الدعوى الجنـائية فى شأن الجرائم المنصوص عليها بفقـرتها الأولى إلا بناء على طلب من وزير المالية أو من ينيبـه . فالواضح مما تقدم ، أنـه بعد أن استبعدت القاعدة القـانونية الواردة فى قرار وزير المالية المطعون عليه استبدلـت بها المحكمة الدستورية العليا قاعدة أخرى من هذا القرار بحكم إحالته إلى القانون الجمركى الذى يعطى لوزير المالية أو من ينيبـه ذات الاختصـاص محل النـزاع . ومن ناحيـة أخـرى ، فقـد طبق حكم المحكمـة الدستورية العليا المذكور ذات المنهج الاستبدالى حين قضى بعدم دستورية الفقرة الثالثة من المادة ١٢٤ مكررا من قانـون الجمارك الصادر بالقرار بقـانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ ، وذلك فيما نصت عليه من أنه **(ولا يترتب على الصلح رد البضائع المضبـوطة فى الجرائم المشار إليها ، وإنما يجوز رد وسائل النقل التى استخدمت فى التهريب)** . ذلك أن إسقاط القاعدة القانونية التى حكم بعدم دستوريتها لم يولد فراغا فى النص المطعون عليه ، لأن المحكمـة انتهت إلى أن الصلح المقرر بنص الفقـرة الثالثـة من المادة ١٢٤ مكررا المشـار إليها ينعقـد مقابل أداء مبلغ التعويـض كامل ويؤدى إلى انقضـاء الدعوى الجنـائية فى الجرائم محل الصلح ، أمـا مصادرة البضـائع المضبوطـة فتتم بنـاء على نص فى القانـون يتضمن قـاعـدة آمرة لا يجوز الاتفـاق على خـلافهـا ، وهـو ما قضت المحكمـة بعـدم دستوريتـه . فالقـاعدة القـانونيـة التى استبدلت هى تـرتيب المصادرة كأثـر للصلح ، والقـاعدة التى حلت محلهـا هى أن الصلح يـؤدى فقط إلى انقضـاء الدعـوى ، أى أن المصادرة تستنـد إلى نص فى القانون مخالف للـدستور ولا تستند إلى النص الـذى يستمر صحيحا منتجا أثره فى انقضاء الدعوى الجنائية .

---

(1) Guillaume Drago; L'execution des decisions du conseil constitutionnel, Economica, 1991, p.153.

المطلب الثـــالث
التفســـير التوجيـــهى

٩٤ ـ ماهيته

يتميز التفسير التـوجيهى عن غيره من أنواع التفسيرالسالف بيـانها (التفسير المقيد، والتفسير الإنشائى بنوعيه)، بأنه يرد على المبادئ التى تحكم تطبيق القواعد التشريعية، ولا يتضمن استخلاص معنًى للقاعـدة القانونية. وفى هذا النطاق يتميـز هذا النوع من التفسير عن التفسير المقيد والتفسير الإنشائى فى عدة خصائص:

(١) ترتكز فائدة التفسير التوجيهى "directive"فى توجيه القائم على تطبيق التشريع دون أن ينصرف إلى تفسير التشريع فى مجال تحديد مـدى مطابقته للدستـور. فهو بعبارة أخرى يوجه ما يجب أن يكـون عليه تطبيق النص التشريعى. ويبدو الاختلاف واضحا بين التفسير التوجيهى، والتفسير المقيد، والتفسير الإنشائى؛ فى أن القاضى الدستورى يعتمـد عند الفصل فى الـدعـوى الدستـوريـة على الاستدلال القضـائى Syllogisme juridictionnel الذى يقـوم على المقارنة بين مقـدمة كبرى هى القـاعدة الدستـورية، ومقدمة صغرى هى القاعدة التشريعية، فيلجأ إلى التفسير المقيـد أو إلى التفسير الإنشائى لتحديد المقـدمة الصغرى فى مقام تحديـد مدى مطابقتها للمقـدمة الكبرى، أى مدى اتفاقها مع أحكام الدستور. هذا بخلاف الحال فى التفسير التوجيهى، فإنه يعين القاضى العادى (أو جهة الإدارة) عند تطبيق القاعـدة التشريعية. وفى هذه الحالة يكون التفسير التوجيهى فى تفسير القاعدة التشريعية كمقـدمة كبرى فى الاستدلال القضائى كأساس لتطبيقها على الواقعة محل البحث، والتى تعتبر مقدمة صغرى فى هذا الاستدلال.

(٢) يـرد التفسير القيد والتفسير الإنشـائى على النص التشريعى لتحديـد القاعـدة القانونيـة المستخلصة منه. أما التفسير التـوجيهى فيرد على القاعدة القانـونية ذاتها بعد استخلاصها وذلك من زاوية تطبيقها لا تحديد معناها ابتداء.

(٣) التفسير التوجيهى ليس صـالحا بذاته للتطبيـق بغير قرار من الجهة التى يـوجه إليهـا هـذا التفسير، بخلاف الأنـواع الأخـرى، فإنها قـابلة للتطبيق تلقـائيـا «- auto

«application» بقوة القاعـدة القانونية محل التفسير وما تنالـه من حجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا .

(٤) التفسير التوجيهى هـو محض إرشاد أو توصيـة لما يجب الأخذ به يخضع لتقـدير السلطة القائمة بالتطبيق، بخلاف الحال فى التفسير المقيد الذى ينتهى إلى الحكم بعدم دستـورية نـص تشريعى، فإنه يتصـف بالإلـزام، ومن ثم لا يعتبر التفسير التـوجيهى دعامة للمنطوق، ولا أساسًا للفصل فى أية مسألة دستورية .

(٥) لا يهدف التفسير التـوجيهى إلى تحديد النطـاق القـاعدى للنص بـالتضييق أو بـالتوسعـة، وإنما يهدف إلى مجرد الاستنارة بحكم الـدستـور لتوجيـه السلطة المختصـة بالتطبيق سـواء كانت هى السلطة القضائيـة أو السلطة التنفيذية ، مع إعطـائها سلطة تقديرية فى إقرار ما تراه .

ويرتكز التفسير التوجيهى على أمرين :

(١) موضوع التفسير. (٢) درجة التفسير.

٩٥ ـ موضوع التفسير التوجيهى

أما عن موضوع التفسير، فإنه يأتى بمجموعة من المبادئ «principes» ولا يأتى بأى مضمون قاعدى . فالتفسير التوجيهى لا يفسر القـاعدة القانونية وإنما يوجه لما يجب أن يكون عليه تطبيقها .

وواقع الأمر، فإن القاعـدة القانونية تتضمن تكليفا بعمل أو بـامتناع عن عمل طبقا لمبدأ معين يعتنقـه المشرع . ويعتبر هذا التكليف بما يتصـف به من عمـومية وتجريـد هو جوهر القاعدة القانونية . وفى هذا الإطار يتعين التمييز بين المبادئ والقواعد، فالأخيرة، يتصف مضمـونها بالتحـديد والإلزام، أمـا الأولى فإنها تتصف بـالعموميـة والإرشاد . فالقواعد القانونية تقدم الحلول القـانونية مباشرة بطريقة محددة، أما المبادئ فإنها تقتصر على تقديم الفكـر المنطقى الذى يقود إلى نمط معين من الحلـول دون التقيد بحل معين فتختار القـاعدة القـانونيـة هذا النمط فى ضـوء هذه المبـادئ . فتطبيق المبـادئ ينطوى بالضرورة على درجة مرتفعة من السلطة التقـديرية التى يمارسها المشرع تطبيقا لمبدأ معين ما لم تكن مبادئ دستورية يلتـزم باحترامها . وكما قال البعض[1] فى تصوير التفرقة بين

---

(١) انظر Zagribelsky مشار إليه فى مؤلف : Thierry Di Manno, op. cit., p.278.

القواعـد والمبادئ، فإن الأولى يجب إطـاعتها، أمـا الثانيـة فيجب تأييدهـا. كما تتميز المبادئ عن القواعد بدرجة كبيرة من المرونـة، فهى بطبيعتها تقدم معايير إرشادية لاتخاذ حل معين تجاه أوضاع غير محددة سلفا، بخلاف القواعد فإنها تأمر بحل معين يبين ما يجب عمله ومالا يجب عمله. فإذا اختار المشرع هذا الحل وعبر عنه قامت بهذا الاختيار القاعدة القانونية التى تخضع لأنواع التفسير الأخرى (المقيد والإنشائى).

وفيما يتعلق بالمخـاطبين بالتفسير التوجيهى، فإنـه يؤدى بالنسبة إليهم الـدور الذى تؤديه البوصلة تجاه القطب، فهى تشير إليه، ولكنها لا ترسم خط سير تفصيلى للوصول إليه. وكنتيجـة لذلك، فإنـه إذا لم يمكن تطبيق التشريع وفقا للـدستور بطـريقة محددة تحديدا دقيقـا، فإن التفسير التوجيهى يحدد - على الأقل - نطـاقا دستوريـا للسلطات المكلفـة بتطبيقه. ويتطلب ذلك تحديد المخاطبين بالتفسير الإرشادى، فهؤلاء يجب أن يكونوا قابلين للتحـديد. وبوجه عام، يمكن القول بـأن غالبية المخاطبين بهذا التفسير هم السلطـات المكلفـة مبـاشرة بتطبيق التشريع؛ وهم بـوجـه عام الحكـومـة وهيئـاتها الإدارية، والقضـاء العادى. وقد عنى المجلس الـدستورى الفرنسى بـاستخدام منهج التفسير التوجيهى لتحـديد نطاق أعمال السلطـة التنفيذية. وطبق المجلس الـدستورى هـذا المنهج التفسيرى بالنسبـة إلى قـوانين التفويض التـى ترخص طبقـا للمادة ٣٨ من الدستـور الفرنسى للحكومة فى اصـدار أوامر فى المجالات التى ينفـرد بها التشريع عادة لتنفيذ برنامجها. فطبقا لهذه المادة يحدد البرلمان تـاريخين أولهما لكى تصدر خلاله الأوامر التى تريد الحكـومة إصدارها، وثـانيهما لكى تودع الحكومة قبل انقضـائه مشروع قانون التصـديق على هـذه الأوامـر، وإلا أصبحت ملغـاة. فقد وجـه المجلس الـدستـورى الفرنسى الحكومة فى هذا الشأن إلى أن نصوص قانون التفويض لا يمكنها أن تسمح لها أثنـاء ممارسـة سلطتها المخـولة لها تطبيقـا للمادة ٣٨ من الدستـور بأن تفلت من احترام القواعد والمبادئ ذات القيمة الدستورية، وأنه يتعين على المجلس الدستورى أن يتحقق من خلو قانون التفويض من أى نص يسمح بإنكار هذه القواعد والمبادئ [1].

(١) Décision no.86-207 du 25-26 juin 1986, Rec. p. 61, décision no.86-208 du 1er-2 jullit 1986, Rec. p. 78. Décision no .95-370 du 30 décembre 1995, Recueil jur. const. (1994-1997) p. 650.

وقد ذهب مجلس الـدولة الفرنسى إلى اعتبار الأوامـر التى تصدرهـا الحكومـة قبل التصديق عليهـا من البرلمان قـرارات إدارية تخضع لـرقـابـة فى ضـوء قـانـون التفـويض. C.E.Lect.3,3 novembere 1961;C.E.Ass.,24 novembere 1961, Favoreu, Ordonnences de l'article 38 de la constitution, Recueil des arréts du conseil d'Etat, 1987, p. 686 ets. ==

٩٦ ـ درجة التفسير التوجيهى

أما عن درجة التفسير ، فإنه ينقسم إلى نوعين :

(١) منهج بسيط . (٢) منهج مدعم .

وبالنسبة إلى المنهج البسيط ، فإنه يتمثل فى دعوة المحكمة الدستورية للسلطات المكلفة بتطبيق التشريع إلى مراعاة مبدأ يتمتع بالعمومية فى مضمونه ، بحيث يحفظ لهذه السلطات قدر كبير من الحركة فى تنفيذ هذه المهمة . ومن قبيل ذلك فى قضاء المحكمة الدستورية الإيطالية توجيه المحكمة للقضاء فى ثنايا أحد أحكامها بمراعاة التوازن بين متطلبات سرعة المحاكمة ، وفاعلية مباشرة الإجراءات فى حضور الخصوم[١] . وفى قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر ، توجيه المحكمة للسلطة التنفيذية بشأن حق التعليم ، أن يكون لكل مواطن الحق فى أن يتلقى قدرا من التعليم يتناسب مع مواهبه وقدراته ، وأن يختار نوع التعليم الذى يراه أكثر اتفاقا مع ميوله وملكاته ، وفق القواعد التنظيمية التى يضعها المشرع بما لا يؤدى إلى مصادرة هذا الحق أو الانتقاص منه . وكذا توجيه المحكمة بشأن التعليم العالى بوجوب أن يرتبط فى أهدافه وأسس تنظيمه بحاجات المجتمع وإنتاجه[٢] . وكذلك ما قالته المحكمة الدستورية العليا من أنه فى نطاق الأغراض التى يتوخاها التعليم ، وانطلاقا من المسئولية التى تتحملها الدولة فى مجال إشرافها عليه ـ وعلى ما تقضى به المادة ١٨ من الدستور ـ فإن موقفها منه لا يجوز أن يكون سلبيا أو متراجعا أو محدودا[٣] . وكذلك ما قالته المحكمة الدستورية العليا من أن الأموال التى تجبيها الدولة من ضرائبها العامة ، وثيقة الاتصال بوظائفها الحيوية ، وبوجه خاص ما تعلق منها بتأمين مجتمعها ، والعمل على تطويره من الناحيتين

== وخلافا للمجلس الدستورى الفرنسى ، فقد استقرت المحكمة الدستورية الإيطالية على أنه لا يمكن مراقبة دستورية قانون التفويض بمنأى عن الأوامر التى تصدر بناء عليه (طبقا للمادة ٧٦ من الدستور الإيطالى) ، وذلك على أساس أن قانون التفويض والأوامر الصادرة بناء عليه تعتبر وحدة غير قابلة للتجزئة ، وأنه لا يمكن التحقق من مدى دستورية قانون التفويض قبل موافقة البرلمان على الأوامر الصادرة بناء عليه (انظر الحكم الصادر فى القضية رقم ٣ لسنة ١٩٥٧ مشار إليه فى Thuerry Di M anno, p. 285.

(١) انظر: Thierry Di Manno, op. cit., p.294

(٢) دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٢ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول) ص ١٣٢ .

(٣) دستورية عليا فى ١٨ مايو سنة ١٩٩٦ ، المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ٤٣ ص ٦٨٣ .

الاجتماعيـة والاقتصاديـة . ويلازم ذلـك، أن تتقيد السلطـة التنفيذيـة بـالقواعـد التى ترصدها السلطة التشريعية ليتم بموجبهـا الانفاق العام، فلا يكون إسرافا أو تبديدا أو إرشاء أو إغواء، بل منضبطا وأمينا، مقتصدا ورشيدا[1].

أما المنهج المدعم، فإنه يتمثل فى إعطـاء مبادئ للسلطات المختصـة بالتطبيق تتسم بقدر من العمومية أقل مما هو عليه الحال وفقا للمنهج البسيط . وهذه المبادئ تهدف إلى إرشاد المخاطبين بها لتحديد الطـريق الواجب اتباعه عند تطبيق التشريع . فهى ليست مجرد دعـوة إلى السلطات المكلفـة بالتطبيق نحـو احترام مبـدأ عام للعمل بمقتضـاه أو احترام مبدأ دستـورى معين يعرض بطـريقة بالغـة العموميـة، ولكنها على العكس من ذلك تعين هـذه السلطات على مهمتهـا فى تطبيق التشريع . وواقع الأمـر، فإن التفسير التوجيهى المدعم وإن استوحته المحكمة من الدستور، إلا أنه لا يقتصر على تقديم مبدأ دستورى فى هيئة مـادة خام، وإنما تعنى المحكمة الدستـورية من خلالـه باستخلاص النتائج المترتبة على هـذا المبدأ الدستورى، لكى تصل إلى مبدأ آخر يعتبر بمثـابة امتداد لمبدأ دستورى . فتكون فى واقع الأمر إلى حد ما، حيـال مبدأ مستمد من الدستور، لأنه ينبعث من مبـدأ دستـورى، ويمثل ضمانة أسـاسيـة نحو احترامـه من خـلال تطبيق القانـون . مثال ذلك، ما قضت بـه المحكمة الـدستورية العليـا فى مصر من أن مقدار الضريبة أو مبلغهـا أو دينها يتحدد مـرتبطا بوعائهـا، فإذا انتفى هذا الارتباط لم تتـوافر الأسس الموضوعية للضريبة[2]. فهنا يـوجد توجيـه من المحكمة بمراعـاة الارتباط بين مقدار الضريبة ووعائها عند ربطها .

---

(١) دستورية عليا فى ٨ إبريل سنة ١٩٩٥، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٤٠ ص ٦٠٩ .
(٢) دستورية عليا فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٩٣، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٧ ص ٨٠ .

الباب الخامس

الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية

يثير الحكم فى الدعوى الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا ثلاثة موضوعات :

(الأول) : الحكم الصادر قبل الفصل فى الموضوع .

(الثانى) : الحكم الفاصل فى الموضوع .

(الثالث): أثر الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية .

وندرس فيما يلى كلا من هذه المسائل فى فصول متعاقبة .

الفصل الأول
الحكم الصادر قبل الفصل فى موضوع الدعوى الدستورية

٩٧ ـ الرقابة على سلامة اتصال المحكمة بالدعوى

تباشر المحكمة الدستورية العليا رقابتها على النصوص التشريعية المطعون عليها متى اتصلت بها الدعوى الدستورية اتصالا سليما. ويتوقف هذا الاتصال على اتباع التنظيم الإجرائى السليم للرقابة الدستورية على النحو الذى بيناه آنفا. وتعتبر الأوضاع التى حددها القانون فى إطار هذا التنظيم لاتصال المحكمة الدستورية بالدعوى مسألة متعلقة بالنظام العام باعتبارها من الأشكال الجوهرية فى التداعى فى المسائل الدستورية وفقا للإجراءات التى رسمها القانون طبقا للدستور [١]. ولا تلتزم المحكمة الدستورية بالرأى أو التكييف الذى تعطيه المحكمة العادية حين تحيل إليها الدعوى الدستورية أو ترخص برفعها. فالمحكمة الدستورية وحدها هى التى تستقل بتحديد المسألة الدستورية ومدى ارتباطها بالنزاع المعروض على المحكمة العادية [٢]. ولاشك أن استقلال المحكمة الدستورية بهذا التحديد يرتبط بالدور الدستورى التى دعيت

---

(١) انظر فى هذا المعنى دستورية عليا ١٦ مايو سنة ١٩٨٧، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٤ قاعدة رقم ٥ ص ٣١، ٥ أكتوبر سنة ١٩٩١ المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٥ ص ٢٢؛ ٢ نوفمبر سنة ١٩٩١ قاعدة رقم ٨ ص ٣١، أول فبراير سنة ١٩٩٢ قاعدة رقم ٢٠ ص ١٥٨، ٧ مارس سنة ١٩٩٢ قاعدة رقم ٢٣ ص ١٩٩؛ ٤ يولية سنة ١٩٩٢ المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثانى) قاعدة رقم ١ ص ١٥، ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ المجموعة السابقة (جـ ٥، المجلد الثانى) قاعدة رقم ٦ ص ٥٦، ٢ يناير سنة ١٩٩٣ قاعدة رقم ١١ ص ١٢٤، ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ قاعدة رقم ١٧ ص ٢١٢، ١٥ مايو سنة ١٩٩٣ قاعدة رقم ٢٤ ص ٢٩٣.

(٢) انظر دستورية عليا فى ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١٣ فى ٢٧ مارس سنة ١٩٩٧، ٤ إبريل سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٧٩ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

المحكمـة لممارسته . وهـو ما سبق أن عبرنـا عنه فيما تقـدم فى قـولنا بأن قبـول الدعـوى الدستورية متوقف أيضا على وجود شبهة جدية بعدم الدستورية[1] .

ولا تتصل المحكمة الـدستورية العليـا بالدعوى الـدستورية ، فى حـالتين هما عدم الاختصاص ، وعدم القبول .

ونبـه إلى أنه إذا كـانت مسـائل الاختصاص والقبـول سـابقـة على فحص موضـوع الـدعوى الـدستوريـة ، إلا أن بحث هذه المسـائل قد يقتضى مبـدئيا إجـراء بحث فى النصوص الدستورية والتشريعية وموضوع الدعـوى الدستورية لمعرفة ما إذا كان يدخل فى اختصاص المحكمـة ، أو كانت للخصم مصلحة فى الفصـل فى المسألة الدستـورية موضوع الدعوى الدستورية وهى شرط لقبولها [2] .

٩٨ ـ الحكم بعدم الاختصاص

تقضى المحكمـة بعـدم الاختصـاص إذا كـانت النصـوص المطعـون عليهـا بعـدم الدستورية ، ممـا تخرج عن ولاية المحكمة الدستورية العليـا ، على النحو الذى أوضحناه فيما تقدم .

٩٩ ـ الحكم بعدم القبول

تقضى المحكمة بعـدم القبول إذا رفعت الدعوى الـدستورية خلافا لـلأوضاع التى حددها القـانون فى التنظيم الإجرائى لاتصـال المحكمة بالدعـوى وفقا لما أوضحناه فيما تقدم . ويعنى هذا الحكم عدم قبول النظر فى الـدعوى الدستورية . ويكون ذلك لأحد الأسباب الآتية :

(أ) عيب شكلى فى صحيفة الدعوى كعمل إجرائى ، سـواء تعلق بالبيانات الواجب ذكرهـا بها ، أو بميعاد رفعهـا ، أو بصفة المحـامى الموقع عليها ، أو عـدم إيداع تـوكيل المحامى الذى وقع على الصحيفة .

---

(١) مثال ذلك دستـورية عليـا فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ فى القضيـة رقم ١٠٦ سنة ١٨ قضـائية «دستـورية» الجريدة الرسمية فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٩٧ .

(٢) انظر فى ذلك :

Roland Ricci, le procés constitutionnel en Italie, Economica, 1996, pp. 46 - 48.

(ب) عدم سلامة اتصال المحكمة بالدعوى لانتفاء المصلحة الشخصية القائمة على ارتباط المسألة الدستورية بالدعوى المرفوعة أمام المحكمة العادية .

(جـ) رفع الدعوى الدستورية بعد صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا برفض الدعوى بعدم دستورية النصوص المطعون عليها . فهذا الحكم كما سنبين فيما بعد ينطوى على تفسير النصوص المطعون عليها بأنها مطابقة للدستور، ويحوز بهذا المعنى حجية مطلقة تحول دون الطعن عليها من جديد بعدم الدستورية [١].

١٠٠ـ أحكام إجرائية أخرى

وعدا هاتين الحالتين ، فإن المحكمة تقضى بانقطاع الخصومة إذا توفى المدعى قبل أن تتهيأ المحكمة للحكم فى موضوع الدعوى [٢]. كما تقضى بإثبات ترك المدعى للخصومة إذا قرر بتركها فى الدعوى الدستورية ، بمقتضى توكيل يخوله ذلك صراحة[٣]. وتقضى باعتبار الخصومة منتهية إذا كان قد صدر حكم سابق من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية النصوص المطعون عليها[٤]، وكانت الدعوى الدستورية قد رفعت قبل صدور هذا الحكم .

---

(١) انظر مثال ذلك دستورية عليا فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٩١ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ١٣ ص ٧٤، دستورية عليا فى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٩٥ ، المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ١١ ص ٢١٩ .

(٢) دستورية عليا فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٩١ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٧ ص ٢٩ .

(٣) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٢ ، المجموعة السابقة جـ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ٢٧ ص ٢٤٢ .

(٤) انظر مثالا لذلك دستورية عليا فى ٦ إبريل سنة ١٩٩١ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ١ ص ٩، ٦ ديسمبر سنة ١٩٩٣ ، المجموعة السابقة جـ٦ قاعدة رقم ٦ ص ٧٦، ٢٠ يونية سنة ١٩٩٤ ، المجموعة السابقة جـ٦ قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٠٢، ٤ إبريل سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٧٩ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، دستورية عليا فى ٥ سبتمبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٥٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، ٥ سبتمبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٩٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، منشورين فى الجريدة الرسمية ـ العدد ٣٨ فى ١٧ سبتمبر سنة ١٩٩٨ .

الفصل الثـــانى

الحكم الفاصل فى موضوع الدعوى الدستورية

١٠١ ـ المبادئ التى تحكم الفصل فى موضوع الدستورية موضوع الدعوى

يتم الفصل فى موضوع الدعوى الدستورية وفقا لعدة مبادئ تبدو فيما يلى :

(١) مدى مطـابقة تفسير النص التشريعى مـع تفسير النص الدستـورى، فبعد أن تنتهى المحكمة من تحديد المسألة الدستـورية التى يثيرها النص التشريعى المطعون فيه، تفصل المحكمة الـدستورية فى مـوضوع الدعوى فى ضـوء مدى مطابقـة التفسير الذى حددتـه للنص التشريعى مع التفسير الذى أعطتـه للنص الدستـورى، وذلك فى ضوء ضوابط الـرقابـة الدستوريـة التى حددنـاها من قبل. فإذا رأت المحكمـة أن النصوص التشريعية المطعون عليها مطابقة للدستور قضت برفض الدعوى الدستورية. وإذا رأت أن هذه النصوص غير مطابقـة للدستور قضت بعدم الدستوريـة. وتتم هذه المطابقة فى ضـوء عـلاقة التـدرج بين النصـوص الـدستـوريـة، والنصوص التشريعيـة فى النظـام القانونى. فالنصوص التشريعية تستند فى صحتها إلى النصوص الدستورية الأعلى مرتبة منها والتى تعتبر بالنسبة إليها أسـاسا يرتكز عليها. والرقابة الـدستورية على هذا النحو هى التى تضمن أثـر التـدرج بين هـذيـن النـوعين من النصـوص، فتخضـع صحـة النصوص التشريعية للشرعية الدستورية [١]. وذلك باعتبار أن وسيلة الرقابة الدستورية هى فى إعمال أثر الرابطة الدستورية بين النصوص التشريعية وما ترتكز عليه من نصوص دستورية، فتكون الرقابة على الدستوريـة هى بالدرجة الأولى رقابة على صحة النصوص التشريعية.

(٢) الفصل فى المسائل الدستورية الأولية ـ فقد يعتمد الفصل فى المسألة الدستورية

(١) انظر:
Eisenmann, op. cit., p.22.
G.Drago, op. cit., p.34, 35.

موضوع الدعـوى الدستورية على الفصل فى مسائل دستوريـة أولية، يتعين عليها ابتداء أن تفصل فيها. ولا يشترط أن يكون الفصل فى هـذه المسائل الأولية صريحا فى المنطوق، فقد تتضمنـه الأسباب إذا كانت لازمـة للفصل فى المنطوق. ومن قبيل ذلك مـا استقر عليـه قضاء المحكمـة الدستـورية العليـا من أنه كلما صـدر قانـون لاحق يعتبر أصلح للمتهم، فإن المحكمة لا تبحث مدى اعتبار القانون الجديد أصلح للمتهم إلا إذا تبين لها اتفاق القانونين السابق واللاحق مع أحكام الدستور. فإذا ثبت لها هذا الاتفاق وتبين لها أن القانـون الجديد أصلـح للمتهم كانت الـدعوى الـدستوريـة غير مقبولـة لانتفاء المصلحة، إلا أن منطـوق الحكم لا يخفى منطوقا ضمنيـا ورد فى الأسباب هو دستـورية القانونين القديم والجديد، باعتبار أن اتفاق هذين القانونين مع أحكام الدستور مسألة دستورية فرعية سابقة على بحث مدى اعتبار القانون الجديد أصلح للمتهم (١).

ومن ناحية أخرى إذا كانت المسألة الدستـورية تتعلق بالعيوب الموضوعية للنصوص المطعـون عليهـا من حيث مخالفتهـا لقـاعـدة فى الـدستـور، فإنـه يتعين على المحكمـة الدستوريـة العليا أن تتحقق ابتداء من استيفاء هذه النصوص لـلأوضاع الشكلية التى تطلبها الـدستور، وذلك على أسـاس أن العيوب الشكليـة ـ وبـالنظر إلى طبيعتهـا ـ لا يتصور أن يكون بحثها تاليا للخوض فى المطـاعن الموضوعية، ولكنها تتقدمها، ويتعين على هذه المحكمـة بالتالى أن تتحـراها بلوغـا لغاية الأمـر فيها، ولو كـان نطاق الطعن المعروض عليها محددا فى إطار المطاعن الموضوعيـة دون سواها، ومن ثم تفرض العيوب الشكلية نفسهـا على المحكمة دومـا، إذ لا يتصور أن تتجاهلهـا عند نظـر أى مطاعن موضوعية (٢).

وفى ضوء ما تقـدم، يبين أن أسباب الحكم بعدم الدستورية قـد تنطوى على أحكام فاصلة فى مسائل دستورية فرعية، بجانب الحكم الصادر فى المسألة الدستورية الأصلية موضـوع الدعـوى الدستـورية والـذى يعتمد كل الاعتماد على الفصل فى جميـع المسائل الدستورية الفرعية.

---

(١) راجع دستوريـة عليا فى ٣ يناير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضـائية «دستوريـة»، الجريدة الرسمية فى العدد ٣ فى ١٥ يناير سنة ١٩٩٨.

(٢) دستورية عليـا فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٩١ القضية رقم ٣١ لسنة ١٠ قضـائية «دستورية»، مجمـوعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ١٢ ص ٥٧.

وقد يؤدى بحث المحكمة لمسألة دستورية أولية إلى التحقق من عدم دستورية النص المطعون عليه أو بتأكيد دستوريته، ثم يؤدى تحديد المسألة الدستورية موضوع الدعوى الدستورية إلى عدم قبولها شكلا لانتفاء المصلحة. وعند اجتماع موجبات الفصل فى الموضوع مع موجبات الفصل فى الشكل يتعين الحكم بعدم القبول لأنه أسبق من الحكم فى الموضوع.

(٣) الأصل هو عدم التدخل فى السلطة التقديرية للمشرع، فمتى رأت المحكمة الدستورية أن المشرع قد اختار فى مجال تنظيم الحقوق البديل الذى يراه أكثر مناسبة لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها فى خصوص الموضوع الذى يتناوله بالتنظيم، فلا تعقيب على تقديره فى الموازنة، طالما أن البديل الذى ارتآه المشرع لا مخالفة فيه للدستور[1]. فالدستور لم يقيد السلطة التقديرية للمشرع بضوابط تحد من إطلاقها، وتعتبر تخوما لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها[2]. وفى هذا الصدد اهتم القانون الإيطالى الخاص بالمحكمة الدستورية بأن ينص فى المادة ٢٨ منه على أن الرقابة على دستورية تشريع أو قرار له قوة القانون تستبعد كل تقدير ذى طبيعة سياسية، كما تستبعد أى رقابة على السلطة التقديرية للبرلمان[3].

ويقف وراء هذا المبدأ أن رقابة المحكمة الدستورية على السلطة التقديرية للمشرع تقيد سلطته السياسية ويجعل المحكمة تحل محله فى هذه السلطة، وهو ما لا يتفق مع مشروعية القضاء الدستورى. كما أن تقييد المحكمة باحترام قواعد التفسير دون التدخل فى سلطة المشرع التقديرية يجنب الوصول بالنظام إلى حكومة القضاة، على أساس أن القاضى الدستورى لا يحكم، وإنما ينحصر دوره فى تحديد كلمة الدستور فيما يعرض

---

(١) دستورية عليا فى ٤ مايو سنة ١٩٩١ فى القضية رقم ٢٣ لسنة ٩ قضائية (دستورية)، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٤، قاعدة رقم ٤٠ ص ٣٣٥، وفى ٧ مارس سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٨ لسنة ٨ قضائية (دستورية). مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٢٦ ص ٢٢٤.

(٢) دستورية عليا فى ٩ مايو سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٩٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد «٢١» فى ٢١ مايو سنة ١٩٩٨. وفى هذا الحكم، قالت المحكمة الدستورية العليا بأن التمييز فى مجال الانتفاع بالعمل ـ ودونما ضرورة تقتضيها الشروط الموضوعية لتنظيمه ـ وعلى الأخص ما اتصل منها بالأوضاع التى ينبغى أن يمارس فيها، وما يحيطها من عناصر بيئتها، يكون مخالفا للدستور.

(٣) A. Pizzorusso, "le contrôle de la cour constitutionnelle italienne sur l' usage parle. législateur de son pouvoir discrétionnaire", AIJC, 1986, p. 35.

عليه. ولهذا أكـدت المحكمة الدستـورية العليا بأن الرقـابة على الدستـورية لا شأن لها بالسياسـة التشريعية التى يعتنقها المشرع لتنظيم أوضاع بعينها، كلما كان تنفيـذها ـ من خلال النصوص القـانونية ـ لا ينـاقض حكما فى الدستور[1]. فعلى حد قـول المحكمة الدستورية العليا يجب أن تكـون الرقابة على الشرعية الدستورية متـوازنة لا تميل اندفاعا ولا تتراخى تخاذلا مقيـدة بما يصـون موجبـاتها، ويـرعى حقائقهـا، وبما لا يعـزلها عن جـوهـرهـا كأداة تكفل فى آن واحـد سيـادة الدستـور، ومبـاشرة السلطتين التشريعيـة والتنفيذيـة لاختصاصاتها الدستـورية، مما لا يجوز معـه أن تنزلق المحكمة الدستـورية برقابتها إلى جـد اقتحام الحدود التى تمارس السلطة التشريعية اختصاصـاتها الدستورية فى دائرتها[2].

وقـد استقـر المجلس الـدستـورى الفـرنسى على عـدم التحقق من مـلاءمـة النص التشريعى[3]. وقـد ثار البحث حين يتطلب الـدستور لتـدخل المشرع توافـر الضرورة، حول مدى سلطة المحكمة الدستورية فى مراقبة المشرع فى تقدير هذه الحالة. لقد ذهبت المحكمة الدستورية إلى أنـه لا يجوز أن يؤثم المشرع أفعالا فى غير ضرورة اجتماعية ولا أن يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة ولكنها اشترطت لمراجعة المشرع فى هذا التقدير أن يكون التجاوز بصورة واضحة ظـاهرة وخارج هذا النطاق [4] وحتى لا تعتبر الرقابة اقتحـاما لضمير المشرع، أكـدت المحكمة أن هـذا التقديـر لا يجوز أن ينحرف خـارج الإطار الذى حـدده الدستور[5]. ممـا يفيـد أن هذه الـرقـابـة تنصرف إلى حسن تطبيق الدستور لا إلى السلطة التقديرية للمشرع.

وواقع الأمر، أن المشرع يمارس سلطتة التقديرية عند التشريع مستهدفا تحقيق أهداف

---

(١) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨، القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا فى ٢ سبتمبر سنة ١٩٩٥، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٩ ص ١٧٦.

(٣) Décision no. 89-261 du 28 juillet 1989, Recueil jur. const (1959-1993), op.cit., p. 370.

(٤) انظر دستوريـة عليا فى ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٣ لسنـة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضـائية «دستـوريـة»، الجريدة الـرسمية العـدد ٩٧ مكـررا فى ١٧ فبراير سنـة ١٩٩٦، مجمـوعة أحكـام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢٢ ص ٣٩٣.

(٥) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢ لسنـة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٦ يناير سنة ١٩٩٧ العدد (٣).

الدستور. فالسلطة التقديرية ليست حرية مطلقة، ولكنها حرية فى إطار الأغراض التى يتوخاها الدستور، وإلا تحولت إلى نوع من التحكم الذى يخضع للرقابة. فإذا انحرفت السلطة التشريعية عن الأهداف التى يتوخاها الدستور، وقعت أعمالها التشريعية تحت طائل الرقابة. والذى يخرج عن نطاق الرقابة هو تقدير الملاءمة لاختيار بديل بين عدة بدائل كلها تتفق مع أهداف الدستور[١].

ويلاحظ أنه فى حالة الضرورة يجوز لرئيس الجمهورية طبقا للمادة ١٤٧/ ١ من الدستور، إذا حدث فى غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن أن توفر حالة الضرورة - بضوابطها الموضوعية التى لا تستقل السلطة التنفيذية بتقديرها - هى علة اختصاصها بمواجهة الأوضاع الطارئة والضاغطة بتلك التدابير العاجلة، بل هى مناط مباشرتها لهذا الاختصاص، وإليها تمتد الرقابة الدستورية التى تباشرها هذه المحكمة للتحقق من قيامها فى الحدود التى رسمها الدستور لها ولضمان ألا تتحول هذه الرخصة التشريعية — وهى من طبيعة استثنائية- إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها أو انحرافها[٢]. ومناط ذلك فى رأينا أن يكون تخلف الضرورة واضحا لا لبس فيه ظاهرا لا يحتاج إلى مراجعة، حتى لا تتوغل المحكمة الدستورية فى مناقشة تقدير السلطة التشريعية لمكونات الضرورة كما رأتها السلطة التنفيذية.

وواضح أن الرقابة الدستورية على تقدير مدى توافر حالة الضرورة يرد بطريق غير مباشر على السلطة التنفيذية عند مباشرتها اختصاصا استثنائيا مخولا بحسب الأصل للسلطة التشريعية. ولا يحول دون هذه الرقابة أن يقر مجلس الشعب القرارات التى صدرت فى غيبته فى حالة الضرورة (المادة ١٤٧/ ٢) لأن هذا الإقرار لا يصحح العوار الدستورى الذى يشوب تقدير السلطة التنفيذية لحالة الضرورة.

---

(١) انظر فى الموضوع: Pizzorusso, Le contrôle de la Cour constitutionnelle sur l'usage par le législateur de son pouvoir d'appréciation discrétionnaire, Annuaire International de la Justice constitutionnelle, 1986, p.35 - 55.

(٢) دستورية عليا فى ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٣١ ص ٢٨٥، ٣ يولية سنة ١٩٩٥، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧، قاعدة رقم ٢ ص ٤٥، ٢ يناير سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٥ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»

وقد التـزمت المحكمة الدسـتـورية بمعيار الخطأ الـواضح فى التقدير لمراقبـة السلطة التقديرية للمشرع فى مجال الضرورة والتناسب فى التجريم والعقاب[1]، وهو ذات النهج الـذى سار عليـه المجلس الدستـورى الفـرنسى فى اعتناق مبـدأ الخطأ الواضح لمراقبـة السلطة التقديرية للمشرع[2].

ويلاحـظ أنه فى الأحوال التـى تكون فيها نصـوص التشريع بـالغة العموميـة، فإن الرقـابة على دستـوريتها لا تحول دون إعطـاء قدر واسع مـن حريـة التفسير للمحكمة الـدستوريـة. ولتجنب هذه الحريـة الـواسعة فى التفسير التى قـد تؤدى إلى التـدخل فى السلطة التقـديريـة للمشرع، اتجهت بعض النصوص الـدستوريـة الحديثة (على سبيل المثال فى أسبانيا والبرتغال) إلى أن تبين بذاتها الحدود التى يمكن أن يضعها المشرع لممارسة الحقوق والحريات. وتعتبر هـذه النصوص فى ذاتها بمثابة موجه للقضـاء الدستورى فى تفسير النصوص التشريعية عند ممارسة الرقـابة على دستوريتها. مثال ذلك فى الدستور المصرى ما نصت عليه المادة ٤١ منه من أن الحريـة الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس، فيما عدا حـالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسـه أو تقييد حـريته بأى قيـد أو منعـه من التنقل «إلا بأمر تستلـزمـه ضرورة التحقيق وصيانـة أمن المجتمع». فهذا القيد يعين المحكمة الدستورية فى تفسير نصوص التشريع التى تضمن الحرية الشخصيـة فى مواجهة القبض أو التفتيـش أو الحبس أو غير ذلك من إجراءات تقييدهـا. وكذلك ما نصت عليـه المادة ٤٢/ ٢ من الدسـتـور المصرى من أن (كل قول يثبت أنـه صدر من مـواطن تحت وطأة شىء ممـا تقدم أو التهـديد بشىء منـه يهدر ولا يعول عليه)[3]، يعتبر مؤشرا دستوريا واضحا فى تفسير نوع الجزاء الإجرائى المترتب على أى دليل قولى بنى على تعـرضه لأحـد عوامل الإكراه المادى أو المعنـوى أو التهديـد به، وهو البطلان المتعلق بالنظام العام. ولا يحتاج الأمـر فى ضوء هذا التوجيه الدستورى إلى ممارسة أية حرية فى تفسير النص بما يمكن اعتباره تدخلا فى السلطة التقديرية للمشرع.

---

(١) انظر بند ١٧٨ فيما بعد.

(٢) Déc. no. 80-127 du 19 et 20 jan 1981, Rec. op. cit., p. 91.

Déc. no. 84-129 du 12 sept. 1984, Rec. op. cit., p. 197.

(٣) نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أن «كل مواطن يقبض عليـه أو يحبس أو تقيد حريته بأى قيد تجب معـاملته بما يحفظ كـرامة الإنسـان، ولا يجوز إيـذاؤه بدنيـا ومعنويـا، كما لا يجوز حجزه أو حبسـه فى غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون».

١٠٢ ـ مضمون أحكام المحكمة الدستورية فى موضوع الدعوى الدستورية

باستقراء نظم الرقابة على دستورية القوانين، تنقسم أحكام المحكمة الدستورية بوجه عام إلى ثلاثة أنواع :

١٠٣ ـ (أولا): الأحكام البسيطة "Simples"

ويعنى بذلك الأحكام الخالصة غير المركبة، التى تنتج أثرها بغير شرط أو تحفظ. وينصرف هذا النوع إلى الأشكال الآتية :

(١) الأحكام بعدم الدستورية Inconstitutionnalité ، فهى تتضمن إعلانا أو منطوقا بعدم الدستورية. وفى هذا الصدد يجب التمييز بين نظام الرقابة السابقة، ونظام الرقابة اللاحقة. ففى الأول يعتبر منطوق الحكم عائقا دون إصدار القاعدة القانونية المخالفة للدستور، بينما فى النظام الثانى يعتبر منطوق الحكم محددا لحذف القاعدة القانونية من النظام القانونى سواء بإلغائها أو بإبطالها حسبما ينص قانون المحكمة. ففى بعض النظم تقتصر المحكمة على إعلان بطلان القاعدة القانونية كما فى ألمانيا، وتركيا، وأسبانيا[١]. بينما فى بعض النظم الأخرى يقتصر منطوق المحكمة على إعلان عدم الدستورية كما فى النمسا. والفرق بين الاثنين يبدو فى أثر الحكم، ففى النظام الأول، ينصب الأثر على صحة القاعدة القانونية منذ تاريخ العمل بها، بخلاف النظام الثانى، فان الأثر ينصب على إلغاء القاعدة القانونية منذ الحكم بهذا الإلغاء بعد أن كان معمولا بها. وهناك نظام ثالث فى يوغوسلافيا، حيث يوجد الحكم بإعلان عدم الدستورية دون أن يترتب عليه حالا أى أثر فى إلغاء القاعدة القانونية المطعون عليها. ففى يوغوسلافيا يترتب على هذا الحكم إخطار البرلمان به حتى يتمكن فى خلال ستة شهور (يمكن مدها) من تعديلها على نحو يجعل القاعدة القانونية المحكوم بعدم دستوريتها مطابقة للدستور. فإذا لم يقم البرلمان بذلك فى المدة المحددة تصدر المحكمة حكما ثانيا بإلغاء تطبيق القاعدة القانونية.

---

(١) Cardoso da costa; Rapport Général; La justice constitutionnelle dans le carde des pouvoirs de l'Etat, VII ène conférences des Cours constitutionnelles Européennes, Lisbonne, 26 - 30 Avril 1987, Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1987, p.26, 48, 99.

وأيا كان الحكم بعدم الدستورية ، فإن مضمونه بوجه عام يتحدد فى ضوء موضوع الدعوى الدستورية سواء فى نظام الرقابة الدستورية المجردة "Abstrait" أو الرقابة الدستورية المحددة"Concrét" .

(٢) الأحكام الرافضة للدعوى الدستورية . وتختلف هذه الأحكام فى مضمونها ، وإن اتحدت فى جوهرها السلبى بالنسبة إلى الدعوى الدستورية . ففى سويسرا ، يكون الحكم بعدم إعلان عدم الدستورية "Non déclaration d'inconstitutionnalité" . ويكون الحكم بنفس المنطوق فى البرتغال فى حالة الرقابة الدستورية المجردة . بينما يكون الحكم بعدم القبول أو برفض الدعوى أو الطعن ، أو برفض المسألة الدستورية (كما فى أسبانيا ، وإيطاليا ، وبلجيكا ، وأيرلندا والنمسا)(١).

١٠٤ـ (ثانيا):الأحكام الوسيطة "Intermédiairés"

ويقصد بها تلك الأحكام التى تصدر فى الأحوال التى تريد فيها المحكمة أن تتفادى الحكم بعدم الدستورية لأسباب تقدرها ، منها المحافظة على الأمن القانونى . ويتمثل هذا النوع من الأحكام فى الأشكال الآتية :

(١) أحكام بالتفسير المطابق للدستور وفقا لمنهج معين فى التفسير تلجأ إليه المحكمة للحيلولة دون الحكم بعدم الدستورية ، سواء انصب هذا المنهج على تفسير القاعدة الدستورية أو تفسير القاعدة القانونية التشريعية . وقد بحثنا هذا المنهج عند بحث سلطة المحكمة فى التفسير. وتعتبر هذه الأحكام نوعا من الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية .

(٢) أحكام بعدم الدستورية الجزئى "Inconstitutionnalité partielle" حيث ينصب منطوق الحكم بعدم الدستورية على جزء من النص التشريعى المطعون عليه أو على فقرة أو عبارة منه أو على مجرد أحد أبعاد القاعدة القانونية التى يتضمنها النص . ويطلق على هذا الأسلوب بعدم الدستورية الجزئى (من الناحية الكيفية) . ويتوقف هذا الحكم على إمكان الفصل بين أكثر من معنى يرتبه النص المطعون عليه ، فإذا كانت المعانى غير قابلة للانقسام تعذر إصدار هذا النوع من الأحكام . وتعتبر نوعا من الأحكام بعدم الدستورية .

---

(١) Cardoso de costa, op. cit., p.27.

(٣) أحكام مشروطة " Décisions conditionnelles " وهى التى تـدعو المشرع إلى تعديل النص المطعـون عليه بما يتفق مع الـدستور، أو التى تقرر مجرد الإعـلان بعدم مطابقة القاعدة القانونية الواردة بـالنص للدستور، دون الحكم بعدم الدستورية. وهذا النوع من الأحكـام لا يؤدى إلى عدم تطبيق القاعـدة القانونية المعلن عـدم دستوريتها. وقد استحـدثته المحكمـة الدستوريـة الألمانية لأسباب تتعلق بـالنظام الـدستورى وهى المحافظة على الأمن القـانونى"Securité juridique"، الأمـر الذى يحتم الإبقـاء على سريان القـاعدة غير الدستوريـة لمدة انتقالية لتفـادى أية نتائج تمس النظام الـدستورى "Ordre constitiutionnel". ويلتزم المشرع فى هذه الحالـة إلى أن يتكيف مع الدستور بتعديل النص الذى صدر بشأنه الحكم بإعلان عـدم مطابقته للدستور. ويلتزم المشرع أيضا عند إجـراء التعديل التشريعى بأن يضع القواعد المنـاسبة التى تسرى على الماضى احتراما لمبدأ المساواة أمام القانون(١).

وهـذا النوع من الأحكـام يقف وسطـا بين الأحكـام برفض الـدعـوى الـدستوريـة والأحكام بعدم الدستورية، وقد سماه البعض بالطـريق الثالث للأحكام(٢). وقد استخدم المجلس الدستـورى الفرنسى هذا الطـريق من الأحكام مؤسسـا قراره بالدستـورية على تفسير إنشائى معين للنص التشريعى يعتبر شرطا لدستوريته. وقد نبه الفقه الدستورى إلى أن مشروعية التفسير الذى يتوقف عليه رفض الدعوى الدستورية يجب أن يحترم كلا من الدستـور والبرلمان، مما مقتضاه أن انفراد المجلس الـدستورى بتفسير معين لتجنب الحكم بعدم الدستورية يجب أن يحافظ على كل من الدستور وإرادة المشرع(٣).

وسوف نبحث هذا النوع من الأحكام بشىء من الإيضاح عند دراسة الأمن القانونى فى مجال بحث أثر الحكم بعدم الدستورية.

وبجانب هذا الشكل من الأحكام، هناك أحكـام بعد أن قضت بعدم الدستورية، أوضحت مجمـوعـة من المبـادئ التى يجب على القانـون الجديـد احترامهـا حتى يصبح

---

(١) Wolfgang Zeidler; Cours constitutionnelle Fédérale Allemande, Annuaire international de justice constitutionnelle, Economica, 1987, p.51.

(٢) Alexandre Viala, Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, L.G.D.J., Paris, p. 18.

(٣) Alexandre Viala, op. cit., p. 45.

مطابقا للدستور. وقد أشار التقرير البرتغالى المقدم إلى المؤتمر السابع للمحاكم الدستورية الأوروبية (لشبونة من ٢٦ إلى ٣٠ إبريل سنة ١٩٨٧) إلى أن المحكمة الدستورية البرتغالية أصدرت حكمين فى هذا المعنى، يبين منهما أن المحكمة بعد أن قضت بعدم دستورية قاعدة قانونية حول التعويض عن إصابة العمل أو المرض بسبب المهنة لمخالفتها مبدأ المساواة، لم تقتصر على ذلك، وإنما حددت القاعدة القانونية التى يجب على البرلمان إقرارها لكى تحل محل القاعدة غير الدستورية[١]. وهذا النوع من الأحكام لا يقيد المشرع من الناحية الدستورية، إلا من حيث تفسير الدستور، إذا كان هذا التفسير دعامة لازمة لمنطوق الحكم.

١٠٥ ـ (ثالثا): الأحكام الاندماجية "Intégratives" أو الاستبدالية "Substitutives"

وقد عرف هذا النوع من الأحكام فى إيطاليا حيث استطاعت المحكمة الدستورية من خلال التفسير تكملة بعض النصوص بمبادئ جديدة مستخلصة من القواعد العامة، لإعطائها معنى جديدا غير المعنى الذى تدل عليها، وذلك تجنبا لوقوع النص فى حمأة عدم الدستورية، حتى أن البعض انتقد هذا الأسلوب ورمى هذا النوع من الأحكام بأنها تلتف حول القاعدة القانونية[٢]. وقد عرضنا من قبل المنهج الاستبدالى فى التفسير والذى يؤدى إلى هذا النوع من الأحكام[٣]، ويندرج تحت الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية.

---

(١) Almeids; Le tribunal constitutionnelle portugais, Annuaire International de justice constitu tionnelle, Economica, 1987, p.210.

(٢) Génevois, Annuaire 1987, op. cit., p.178, 179.

(٣) انظر ما تقدم بند ٨٦.

الفصل الثـــالث
أثر الأحكام الصادرة فى الدعوى الدستورية

١٠٦ ـ المشكلة موضوع البحث:

يفترض هذا البحث أننا حيال نظام دستورى هـرمى يقع الدستور فى قمته، وتتدرج القـواعـد القانـونيـة من حيث صحتهـا فتخضع للقـاعدة التى تعلـوهـا، ولا يجوز أن تتعارض معها وإلا فقدت شرط صحتها. ومن هنا، تؤدى مصادر النظام القانونى دورا هاما فى صحة قـواعده القانونية. فالدستور بـوصفه المصدر الأسمى يحدد شروط صحة كافـة القواعد القـانونية التى تـدنوه مرتبـة. ويقع التشريع فى مركز الـوسط من النظام القانونى، فبينما يتعين لصحته أن يكون متوافقـا مع الدستور، فإنه فى ذات الوقت يحدد شروط صحة اللائحة باعتبارها أدنى منـه مرتبة. وهكذا بينما يتحكم الدستور فى تحديد شروط صحة كافـة القواعد القانـونية الأدنى منه مرتبـة ومنها التشريع، فإن التشريع لا يتحكم إلا فى شروط صحة القواعد القانونية التى تعبر عنها نصوص اللائحة.

وقد جاءت الرقابة على الدستورية ضمانـا هاما لسيادة الدستور ـ وخاصة فيما يتعلق بحماية الحقوق والحريات. وهنا يثور التساؤل عن الحكم الصادر بناء على هـذه الرقابة فى صحة القواعـد القانونية التاليـة له فى المرتبة، فهل يقتصر أثر هـذه القوة على أطراف الدعوى أم يمتد إلى الكافة؟ وهو ما يتوقف على تحديد طبيعة الدعوى الدستورية. وإذا كان للحكم قوة تمتد إلى الكـافة، فما نطاق هذه القوة فى حالة الحكم بعـدم الدستورية من حيث الزمان؟ هـذا السؤال الأخير يتمثل فيما إذا كان الحكم بعدم الدستـورية يمتد أثره إلى القـاعدة القانونيـة المحكوم بعدم دستـوريتها منذ تاريخ العمل بها أم يبـدأ منذ صدور الحكم بعدم الدستورية.

هذه هى أهم جـوانب المشكلة نعرضهـا ابتداء تأصيلا للمفاهيم والحقـائق وتعميقا لأساسها المنطقى.

المبحث الأول
حجية الأحكام الصادرة فى الدعوى الدستورية

١٠٧ـ الطبيعة العينية للدعوى الدستورية

يتوقف تحديد طبيعة الدعوى الدستورية على شكل الرقابة الدستورية ، فإذا كان الشكل يأخذ صورة الرقابة الفرعية خلال نظر الدعوى الموضوعية ــ كما هو الحال فى النموذج الأمريكى "Judicial review" ، فإن آثار الحكم بعدم الدستورية تلحق بالحكم الصادر فى موضوع الدعوى الأصلية ، لأن المسألة الدستورية كانت مجرد مسألة أولية بحثت عرضا أثناء نظر هذه الدعوى بمناسبة الفصل فى موضوعها ، واقتصرت المحكمة على عدم تطبيق القاعدة التشريعية المخالفة للدستور، دون أن تصدر حكما فى مصير هذه القاعدة فى النظام القانونى . ومن ثم، فإن أثر الحكم بعدم الدستورية ينحصر فى أطراف الحكم الصادر فى الدعوى الموضوعية الأصلية ، نظرا للطابع الشخصى للدعوى الأصلية . فهنا يندمج الحكم بعدم الدستورية فى الحكم الصادر فى موضوع الدعوى الأصلية ، ويحوز قوة الأمر المقضى rés judicata التى تنحصر بين أطراف الخصوم، ولا يكون لها أى أثر على صحة القواعد القانونية ، أو نفاذها . وكل ما لهذا الحكم من أثر يتعدى نطاق الخصوم ينحصر فى مجرد اعتباره سابقة قضائية Précé-dent تستمد قوتها من قيمتها فى النظام القضائى المعمول به[1].

أما الأشكال الأخرى للرقابة الدستورية اللاحقة سواء كانت مجردة ، أو محددة ، أو مباشرة فيما يتعلق بالحقوق والحريات ؛ فإنها تثير المسألة الدستورية وحدها بعيدة عن المسألة الموضوعية التى تبحث أمام القضاء العادى أو التى يكون هذا القضاء قد فرغ من بحثها (كما فى نظام الدعوى المباشرة من الأفراد) . والحكم الفاصل فى النزاع حول هذه

(١) انظر: Alessandro Pizzorusso; Les effets des décisions du juge constitutionnel, Annuaire International de Justice constitutionnelle, Economica, 1994, p.12.

المسألة وإن كان يبحث مدى المطابقة بين القاعدة الدستورية ، والقاعدة القانونية المطعون عليها ، إلا أنه يمس القاعدة القانونية محل الرقابة الدستورية ، سواء بطريقة مجردة (كما فى شكل الرقابة المجردة) ، أو بمناسبة حالة محددة معروضة على القضاء العادى (كما فى شكل الرقابة المحددة) أو بمناسبة دعوى مباشرة من أحد الأفراد لتعرضه لأذى فى أحد حقوقه أو حرياته . وأيا كانت بواعث الرقابة فى مختلف الأشكال السابقة ، فإن المحكمة الدستورية مدعوة لبحث مدى توافق المصدر الأسمى وهو الدستور مع مصادر القواعد القانونية الأخرى . ومن ثم ، فإن الدعوى الدستورية تكتسب طابعا عينيا لأنها تبحث فى مدى توافق القاعدة الدستورية مع سائر القواعد القانونية . ويكون الحكم الصادر فيها ذا أثر قاعدى أو معيارى "Effect normatif" وهو الأثر الذى يمس القاعدة القانونية محل الرقابة وهذا هو مناط عينيتها .

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر على أن الدعوى الدستورية تندرج تحت الدعاوى العينية التى تقوم فى جوهرها على مقابلة النصوص التشريعية بأحكام الدستور تحريا لتطابقها معها إعلاء للشرعية الدستورية . ومن ثم تكون هذه النصوص ذاتها هى موضوع الدعوى الدستورية ، أو هى بالأحرى محلها ، وإهدارها بقدر تعارضها مع أحكام الدستور هى الغاية التى تبتغيها هذه الخصومة [1]. ولما كانت النصوص القانونية تخاطب الكافة سواء كانوا من الأفراد أو من سلطات الدولة ، فإن أحكامها فى الدعاوى الدستورية تخاطب هؤلاء الكافة . ويترتب على التكييف القانونى

---

(١) دستورية عليا فى ٦ يونية سنة ١٩٨٧ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٤ ، قاعدة رقم ٨ ص ٥٦؛ و٧ مايو سنة ١٩٨٨ ، المجموعة السابقة جـ ٤ ، قاعدة رقم ١٥ ص ٨٨؛ ١٥ إبريل سنة ١٩٨٩ ، المجموعة السابقة جـ ٤ ، قاعدة رقم ٢٥ ص ١٨٣ ؛ ٦ يولية سنة ١٩٩١ ، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول) ، قاعدة رقم ١ ص ٩؛ ٥ أكتوبر سنة ١٩٩١ ، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٣ ص ١٤ ؛ ٧ مارس سنة ١٩٩٢ ، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ٢٢ ص ١٨٥ ، ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢ المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ٣٢ ص ٢٩٨ ، ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٣٤ ص ٣٠٧؛ ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ ، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثانى) ، قاعدة رقم ٩ ص ٤٧٩ ، (المجلد الثانى) ، ١٩ يونية سنة ١٩٩٣ ، المجموعة السابقة جـ ٥ (المجلد الثانى) ، قاعدة رقم ١٥ ص ٥٢٣ ؛ ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣ ، المجموعة السابقة جـ ٦ ، قاعدة رقم ٢ ص ٥٠ ؛ ٦ ديسمبر سنة ١٩٩٣ المجموعة السابقة جـ ٦ قاعدة رقم ٦ ص ٧٦ ؛ أول يناير سنة ١٩٩٤ ، المجموعة السابقة جـ ٦ قاعدة رقم ١١ ص ١٧ .

للدعوى الدستورية فى أشكال الرقابة اللاحقة ـ عدا الرقابة الفرعية المعروفة فى النموذج الأمريكى ـ بأنها دعوى عينية ، نتيجة بالغة الأهمية هى الحجية المطلقة لأحكام المحكمة الدستورية العليا فى مواجهة الكافة "erga omnes" ، واعتبارها ملزمة لجميع سلطات الدولة . فالطابع العينى للدعوى المصاحب للأثر القاعدى للحكم الصادر فيها لا يحصر نطاق حجية أحكامها فى أطراف الدعوى . وعلة ذلك واضحة كما أكدنا من قبل ، وهى أن الدعوى الدستورية تهدف إلى محاكمة القواعد غير المطابقة للدستور أمام المحكمة الدستورية فى نزاع محدد يدور حول مدى مطابقة القواعد لأحكام الدستور. فالدعوى الدستورية خلافا للدعوى الموضوعية تختصم النصوص الذى تعبر عن هذه القواعد ، ولا تختصم شخصا معينا . وليس لأطراف الدعوى الدستورية من أهمية إلا فى اعتبارهم امتدادا للدعوى الموضوعية فى هذا النوع من الرقابة ، تعبيرا عن شرط المصلحة الشخصية الذى يعتبر لازما لقبول الدعوى الدستورية فى الرقابة المحددة أو الرقابة بناء على الدعاوى المباشرة من الأفراد .

ولا جدال فى الحجية المطلقة للأحكام بعدم الدستورية فى كثير من النظم الدستورية التى أخذت بالنموذج الأوروبى (ألمانيا ، والنمسا ، وأسبانيا ، وإيطاليا)(١) . وقد ميزت بعض الدول فيما يتعلق بهذه الحجية ، مثل البرتغال وبلجيكا بين الرقابة المجردة والرقابة المحددة . فلا تكون الحجية مطلقة فى نظامها القانونى إلا فى شكل الرقابة المجردة "Abstrait" ، ولا تثبت الحجية إلا بين أطراف الدعوى فى شكل الرقابة المحددة "Concret" . على أنه وفقا للقانون البرتغالى إذا قضت المحكمة بعدم دستورية قاعدة قانونية معينة ثلاث مرات وفقا لشكل الرقابة المحددة ، يجوز لأحد القضاة أو للنيابة

---

(١) José Manuel cardoso da costa, op. cit., p.32.
W.Zeidler Cour constitutionnelle Fédérale Allémande, op. cit., p.52.
Cour constitutionnelle Autrichienne, op. cit., p.80.
Tribunal constitutionnel Espagnol, op. cit., p.112.
وقد ذهبت المحكمة الدستورية النمساوية إلى أن هذه الحجية المطلقة تثبت لأحكام عدم الدستورية ، ولو كانت بناء على شكل الرقابة المحددة ، وأن هذه الحجية لها نطاق أوسع من النزاع المحدد الذى صدر بمناسبة الحكم بعدم الدستورية والحكم رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٣ . (المرجع السابق ص ١١٤) .
Cour constitutionnelle Italienne,op. cit., p.185.

العامة أن يطلب من المحكمة الدستورية العليا إضفاء الحجية المطلقة على الحكم بعدم دستورية هذه القاعدة القانونية .

وفى مصر ، يحوز قضاء المحكمة الدستورية العليا ـ فيما فصلت فيه فى الدعوى الدستورية ـ حجية مطلقة تحول بذاتها دون المجادلة فيها أو إعادة طرحها من جديد على هذه المحكمة لمراجعتها ، وذلك بناء على الطبيعة العينية ـ للدعوى الدستورية . ومن ثم لا يعتبر قضاء المحكمة باستيفاء النص التشريعى لأوضاعه الشكلية التى يتطلبها الدستور، أو بتوافقه أو بتعارضه مع الأحكام الموضوعية فى الدستور، منصرفا فحسب إلى الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها بل يعتبر متعديا إلى الكافة منسحبا إلى كل سلطة فى الدولة[1]. ذلك أن قضاء المحكمة الدستورية العليا فى شأن النصوص المطعون عليها، هو القاعدة الكاشفة عن حقيقة الأمر فى شأن دستوريتها أو عدم دستوريتها . ومن ثم ، لا يعتبر منصرفا إلى من كان طرفا فى الخصومة الدستورية دون سواه ، بل منسحبا إليه و إلى الأغيار كافة [2].

ويتعين التمييز من حيث الحجية بين ما إذا كانت المطاعن الدستورية تقوم فى مبناها على عيوب شكلية فى البناء التشريعى للنصوص المطعون عليها أو تقوم على عيوب موضوعية فى هذه النصوص . ففى الحالة الأولى حين يكون نطاق الطعن منحصرا فى المطاعن الشكلية ، يكون قرار المحكمة بشأنها متعلقا بها وحدها ، ولا يعتبر حكمها برفض هذه المطاعن مطهرا للنصوص المطعون عليها من عيوبها الموضوعية . أما فى الحالة الثانية حين يكون نطاق الطعن منحصرا فى المطاعن الموضوعية ، يكون قرار المحكمة بشأنها منطويا لزوما على استيفاء النصوص المطعون عليها للأوضاع الشكلية التى تطلبها الدستور، ومانعا من العودة لبحثها ، وذلك باعتبار أن المحكمة يتعين

---

(١) دستورية عليا فى ١٦ مايو ١٩٩٢ فى القضيتين رقم ٣٠ لسنة ١٣ «دستورية»، و ٩٨ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، و ٧ نوفمبر ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٥ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، و ٢٥ سبتمبر ١٩٩٣ فى القضية رقم ٥ سنة ١٢ قضائية «دستورية» ، و ٢٢ فبراير ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٨ سنة ١٧ قضائية «دستورية»، و ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ ، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ١٣ ص ١٥٠ . وانظر دستورية عليا فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٨٣ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ٣ قضائية «دستورية»، ٤ يونية سنة ١٩٨٨ فى القضية رقم ١٣٦ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، ١٩ يونية سنة ١٩٨٨ فى القضية رقم ١٥ لسنة ٧ قضائية «دستورية».

عليها قبل نظر المطاعن الموضوعية التحقق من مدى استيفاء النصوص المطعون عليها لبنيانها الشكلى الذى تطلبه الدستور [1].

ويترتب على حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم الدستورية عدم نفاذ النصوص التشريعية المحكوم بعدم دستوريتها من تاريخ اليوم التالى لنشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية إعمالا لنص المادة ١٧٨ من الدستور والمادة ٤٩/٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا. فإذا ترتب على هذا الحكم توليد حق للتقاضى، فإن مدة تقادم هذا الحق تبدأ من تاريخ اليوم التالى لنشر هذا الحكم لا من تاريخ صدوره[2].

ويلاحظ أن قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قد نص فى فقرته الأولى من المادة ٤٩ على أن (أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة». ونصت الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة ٤٩ المذكورة على أن يترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم. فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى، تعتبر الأحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه.

ولاشك فى أن القوة الإلزامية لأحكام المحكمة الدستورية العليا فى مصر تحظى بالقيمة الدستورية، لأن الدستور قد أناط بالقانون تحديد المقصود بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح (المادة ١٧٥/ ١). كما ترك للقانون تنظيم ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار (المادة ١٧٨). ويعتبر قانون المحكمة الدستورية فى هذا الشأن من القوانين المكملة للدستور بالمعنى المقصود فى المادة ١٩٥ منه. وما كان يمكن لأحكام المحكمة الدستورية العليا أن تكون ملزمة للجميع بغير سند دستورى، باعتبار أن تغيير القوة الإلزامية للتشريع كما حددها الدستور لا تترتب إلا وفقا للدستور نفسه. فلا يملك التشريع أن يعطل حكما من أحكام الدستور. وكل ما تملكه المحاكم

---

(١) دستورية عليا فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٩١، القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) القاعدة رقم ١٢ ص ٥٧، ٦ إبريل سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٢٩ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ٣١ ص ٥٤٠.

(٢) نقض مدنى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٨٠ الطعنان رقما ٥٠٧، ١٣٥٤ لسنة ٤٨ قضائية، مجموعة الأحكام س ٣ ص ٩٣٧.

بغير سند دستورى هو الامتناع عن تطبيق القانون غير الدستورى ، أو اعتبار الدستور ناسخا للتشريع السابق إذا كانت نصوصه صالحة للتطبيق مباشرة .

وواضح من المادتين ١٧٥/ ١ و ١٧٨ من الدستور والمادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا أن أحكام هذه المحكمة ملزمة لسلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية . فهذه الأحكام تنال حجية مطلقة وغير قابلة للطعن . ويترتب على الحكم بعدم دستورية النص التشريعى أيا كان مصدره (القانون أو اللائحة) اختفاء النص الذى تقررت إدانته بعدم الدستورية من النظام القانونى ، أيا كان العيب الدستورى الذى شابه سواء كان شكليا أو موضوعيا [1].

فإذا حكم بدستورية النص التشريعى اعتبرت مطابقته للدستور حقيقة مطلقة غير قابلة للجدل مرة أخرى أمام جميع سلطات الدولة بما فيها السلطة القضائية . إلا أن هذه المطابقة يقتصر أثرها على النص التشريعى محل البحث والذى راقبت المحكمة مدى دستوريته دون أن تمتد إلى غير ذلك من النصوص التشريعية التى لم تقل فيها المحكمة كلمتها ، حتى ولو كانت مرتبطة بالنص التشريعى محل الطعن طالما أن المحكمة لم تستوضح هذا الارتباط ولم تفصل فيه أو فى أثره .

ولا تقتصر حجية الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا على منطوقه ، بل تمتد إلى أسبابه التى تعتبر دعامة أساسية لا يستقيم المنطوق بغيرها . وقد تتضمن هذه الأسباب أحكاما فاصلة فى مسائل دستورية فرعية ؛ فتشكل مع الحكم الوارد فى المنطوق وحدة لا تنفصم ، ومن ثم تكون هذه الأسباب كذلك ملزمة للناس كافة ولكل سلطة فى الدولة [2].

ويلاحظ أن المحكمة العليا الصادرة بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ والتى كان من اختصاصها الرقابة على دستورية القوانين ، لم تنشأ بناء على سند دستورى ، لأن إنشاء المحكمة الدستورية العليا لم يتقرر إلا بناء على دستور ١٩٧١ . ومن ثم ، فإن أحكام

---

(١) هذا وكان النائب حامد محمد الشناوى عضو مجلس الشعب عن بور سعيد قد تقدم فى ٧/ ١٢/ ١٩٩٧ باقتراح بمشروع قانون ينص على أنه فى حالة صدور حكم يقضى بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة يتم إعادة النص إلى مجلس الشعب لتحقيق المواءمة الدستورية فى شأنه . وقد رفضت لجنة الاقتراحات والشكاوى بمجلس الشعب هذا الاقتراح .

(٢) دستورية عليا فى ١٥ إبريل سنة ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ١ «تفسير» ص ٧٦٣ ، ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» . الجريدة الرسمية العدد ١٠ فى ٦ مارس سنة ١٩٩٧ ، ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» الجريدة الرسمية ، العدد ١٣ فى ٢٧ مارس سنة ١٩٩٧ .

هذه المحكمة سواء بعدم الدستورية أو بالدستورية لا يمكن أن تكون لها قوة إلزامية مطلقة تغير من القوة الإلزامية للتشريع كما حدده الدستور، وذلك فى الفترة السابقة على العمل بدستور ١٩٧١ الذى نص (المادة ١٩٢) على استمرار هذه المحكمة إلى حين تشكل المحكمة الدستورية العليا، مما يعنى إضفاء القيمة الدستورية على هذه المحكمة فى الفترة الانتقالية التى تبدأ منذ العمل بالدستور إلى حين تشكيل المحكمة الدستورية العليا. فما تملكه المحكمة الدستورية من سلطات فى تحديد مضمون القواعد القانونية ومدى ارتباطها بالدستور، لابد أن يقوم على سند من الدستور الذى ينظم سلطات الدولة، حتى تكون لأحكامها قوة إلزامية على هذه السلطات.

١٠٨- تنفيذ الحكم بعدم الدستورية

يترتب على الحكم بعدم الدستورية التزام سلطات الدولة بتنفيذه على النحو الآتى:

(١) عدم اعتداد السلطة التشريعية (مجلس الشعب) بالنص الذى حكم بعدم دستوريته، ويتعين عليها استبدال نص جديد به يتفق مع أحكام الدستور إذا ما رأت موجبا لهذا النص. وإذا شمل الحكم بعدم الدستورية النصوص الكاملة للقانون تعين إقرار قانون جديد يحل محله، والعمل على الحيلولة دون التعرض لأخطار الفراغ القانونى الذى قد ينجم عن ذلك [١].

(٢) بالنسبة إلى السلطة التنفيذية، فإنه إذا كان النص التشريعى المحكوم بعدم دستوريته من نصوص إحدى اللوائح تعين عدم الاعتداد به وإحلال نص جديد يتفق مع أحكام الدستور بدلا منه. أما إذا كان النص التشريعى المذكور من نصوص التشريع، فعليها الامتناع عن تنفيذه ويمكنها إعداد مشروع قانون يتفادى العيب الدستورى وتقدمه إلى مجلس الشعب.

(٣) بالنسبة إلى المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائى، فإنها ملزمة بتنفيذ الحكم، وذلك بعدم الاعتداد بالنص التشريعى المقضى بعدم دستوريته، فلا يجوز لها تطبيقه على ما يعرض عليها من دعاوى.

ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا تستمد سلطتها فى هذا الإلزام من وظيفة المحكمة الدستورية العليا لتأكيد وحدة وتماسك النظام القانونى الذى يكفله الدستور،

---

(١) انظر: G. Drago, op. cit., p.93.

ومن سلطتها وحدها دون غيرهـا بالرقابة على دستوريـة القوانين واللوائح، ومن ثم فإن كلمة المحكمة الـدستورية العليا بشأن القـاعدة الأعلى وهى القاعدة الـدستورية تجعل كلمتها نـافذة على جميع المحاكـم والهيئات ذات الاختصاص القضـائى. وتأسيسا على الأصل الذى ينبثق عنه هذا المبدأ؛ فإنه إذا كانت محكمة الموضوع قد قدرت جدية الدفع بعدم الدستورية، وكان ذلك هو المحرك للخصومـة الدستورية، فإن عليها بعد تقدير هذه الجدية أن تلزم قضـاءها بذلك، فلا تنحيه، وإلا كان ذلك نكـولا من جانبها عن التقيد بنص المادة ١٧٥ من الـدستور التى تخول المحكمة الـدستورية العليـا دون غيرها الرقـابة القضائيـة على دستورية القوانين واللـوائح؛ الأمر الذى يقتضى ألا تعـاق هذه المحكمـة بقرار من محكمـة الموضـوع عن مبـاشرة ولايتها المذكـورة. وقـد استقر قضـاء المحكمة الدستورية العليا على أنه إذا عدلت محكمـة الموضوع عن تقديرها لجدية الدفع بعدم الـدستورية وفصلت فى الموضـوع بعد أن تحركت الخصومـة الدستوريـة، فإنها قد فصلت فى النزاع الموضـوعى بعد أن انحسرت ولايتها بشأنـه، إلا أن هذه الولايـة تعود إليهـا من جديـد بعد أن تفصل المحكمـة الدستـورية فى الـدعوى الدستوريـة، لكى تفصل محكمة الموضـوع فى النزاع الـذى كان مطـروحا عليهـا على ضوء قضـاء المحكمة الدستـورية العليا الـراهن، ودون تقيد بـالحكم الصادر عنها فى النـزاع الموضوعى[1]. ومـؤدى هذا القضـاء اعتبار الحكم الصـادر من محكمـة الموضوع قبل البت فى المسألـة الدستوريـة التى انعقدت الخصومة بشأنها، منعدمـا قانونا على أساس انعـدام الولاية، وتلتزم محكمة الموضـوع بتنفيذ قضاء المحكمة الـدستورية العليا فى هـذا الشأن ولو كان حكمها نهائيـا أو باتّـا؛ لأنه جـاء فاصـلا فى مسألة دستـورية تتعلـق بولايـة المحكمة الدستورية العليا[2]، بالإضـافة إلى فصلـه فى المسألة الـدستوريـة المتعلقة بـالنصوص التشريعية المطعون بعدم دستوريتها. والأمر هنا مناطه تنفيذ أحكام المحكمة الدستورية العليا.

---

(٢) دستـورية عليـا فى ١٤ أكتوبـر سنة ١٩٩٩ فى القضيـة رقم ٢٦ لسنة ٢٠ قضـائية «دستـورية»، الجريـدة الرسميـة ـ العـدد ٤١ فى ١٤ أكتوبـر سنة ١٩٩٩، ١٨ إبـريل سنة ١٩٩٦ فى القضيـة رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١٦ فى ١٨ إبريل سنة ١٩٩٦.

ويلاحظ أن المحكمـة الدستورية العليـا سبق أن قضت فى إحدى حالات التنـازع السلبى فى الاختصاص بإضفاء الولاية من جديد على المحكمة ولو كان حكمها فى هذا الشأن نهائيا (دستورية عليا فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤ فى القضيةرقم ٥ لسنة ١٥ قضائية«تنازع اختصاص»).

(٢) انظر فيما بعد بندى ١١٢ و١١٣ حول سلطة المحكمة الدستورية فى الفصل فى مسائل دستورية فرعية قبل الفصل فى المسألة الدستورية الأصلية.

١٠٩ـ حجية الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية

اختلفت اتجاهات القضاء الدستورى فى هذا الشأن. فذهب البعض إلى مساواة الحكم برفض الدعوى الدستورية بالحكم بعدم الدستورية فيما يتعلق بالحجية المطلقة[١]. وذهب البعض إلى أن هذه الحجية قاصرة على العيوب الدستورية التى كانت محلا للدعوى الدستورية دون غيرها من المطاعن الأخرى[٢]. وذهب البعض الآخر إلى أن الحجية المطلقة تثبت فى الحكم الصادر بناء على الرقابة المجردة دون الرقابة المحددة، أو الرقابة بناء على دعوى مباشرة من الأفراد، وأنه فى هاتين الحالتين الأخيرتين يكون للحكم حجية قاصرة على النزاع المعروض على القاضى العادى[٣]. واتجهت تركيا إلى إعطاء الأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية حجية مطلقة لمدة عشر سنوات فقط[٤]. بينما أنكر البعض (البرتغال) أية حجية للأحكام الصادرة برفض الدعوى الدستورية[٥].

وفى مصر، اختلف الفقه فى هذا الشأن، فذهب البعض إلى أن الحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية هو حكم ذو حجية نسبية فقط لا تحول دون إعادة طرح المسألة الدستورية مرة أخرى للبحث بمناسبة نزاعات أخرى، ولو كانت بين ذات الخصوم فى النزاع الأول[٦]. وقد أخذت المحكمة العليا (التى كان لها اختصاص المحكمة الدستورية العليا قبل إلغائها) بهذا الاتجاه، فقضت بأن قضاء هذه المحكمة برفض الطعن بعدم دستورية القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ وبعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ ليس له حجية على الكافة، ولا يحول دون الفصل فى الدعوى القائمة المرفوعة من مدعيين لم يكن أيهما طرفا فى الدعوى التى قضى

---

(١) فى القضاء الدستورى الألمانى: W.Zeidler, op. cit., p.52.

وفى القضاء الأسبانى: Tribunal constitutionnel Espagnol, op. cit.,112,113,130.

وقد نصت المادة ٣٨/ ٢ من قانون المحكمة الدستورية الأسبانية على أن الأحكام الصادرة بالرفض فى الطعون الدستورية تمنع إثارة نفس المسألة الدستورية من خلال ذات الطعن.

(٢) وفى القضاء النمساوى:

F. Loloum, Constitutionnelle Autrichienne, Annuaire, 1987, op. cit., p.80.

(٣) فى القضاء الدستورى الإيطالى:

B.Genevois, Cour constitutionnelle Italienne, op. cit., p.173, p.184.

وفى القضاء الدستورى البولندى والبلجيكى: José Manuel carloso de costa, op. cit., p.32.

(٤) José Manuel carloso de costa, op. cit., p.32.

(٥) Alemida; Le Tribunal constitutionnal portugais, op. cit., p.212.

(٦) الدكتور حمد السيد زهران، الرقابة القضائية على دستورية القوانين فى إيطاليا، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول ١٩٧٠ ص ١٤٢.

فيها برفض الطعن بعدم دستورية التشريعين آنفى الذكر[1].

إلا أن المحكمة الدستورية العليا لم تأخذ بهذا الاتجاه، واستقر قضاؤها على أن الدعوى الدستورية عينية بطبيعتها، والأحكام الصادرة فيها حجيتها مطلقة قبل الكافة، وتلتزم بها جميع سلطات الدولة، سواء كانت قد انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعى المطعون فيه، أم إلى دستوريته[2].

وفى صدد حجية الحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية، أكدت المحكمة الدستورية العليا أن هذه الحجية تعنى براءة النصوص القانونية المدعى مخالفتها للدستور مما يعيبها دستوريا، أو إلى عدم وجود مآخذ عليها لمخالفتها الدستور، لأنها لا تقنع بالمخالفة التى نسبها الخصم إليها، أو التى أثارتها محكمة الموضوع فى شأنها، بل تجيل بصرها فى النصوص الدستورية جميعها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها لتحدد على ضوئها توافق النصوص المطعون عليها أو تعارضها معها[3].

إلا أن منطوق حكم المحكمة بناء على هذه الحجية يختلف حسبما يكون عليه الحكم السابق الصادر فى نفس المسألة الدستورية. فإذا كان الحكم صادرا برفض الدعوى الدستورية، استخلصت المحكمة من ذلك أن الحكم انتهى إلى موافقة النص المطعون فيه لأحكام الدستور، وقضت فى الدعوى الجديدة بعدم قبولها[4]. وخلافا لذلك، فإنه

---

(١) المحكمة العليا فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٧٦ فى القضية رقم ٨ لسنة ٣ قضائية عليا «دستورية»، الجريدة الرسمية ٢٧ يناير سنة ١٩٧٧ (العدد ٤). ويلاحظ أن الحكم الذى سبق أن قضت فيه المحكمة برفض الطعن بعدم دستورية القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ وبرفض الطعن بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ (لم ينشر بمجموعة أحكام هذه المحكمة، وقد نشر بمجلة إدارة قضايا الحكومة).

انظر فى نقد هذا الاتجاه، الدكتور رمزى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى، سنة ١٩٨٣ ص ٦٠٨-٦١٠.

الدكتور عادل عمر شريف، القضاء الدستورى فى مصر، رسالة دكتوراه، سنة ١٩٨٨ ص ٤٦٥.

(٢) دستورية عليا فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «منازعة تنفيذ دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٤٢ فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٩٨.

(٣) دستورية عليا فى ١٨ مايو سنة ١٩٦٦ القضية رقم ١٣ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٤٣ ص ٦٨٣.

(٤) دستورية عليا فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٩١، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ١٣ ص ٧٤. وانظر الأحكام الصادرة بعدم القبول المشار إليها فى ص ٨٦ و ٨٧، ودستورية عليا فى ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ٣٢ ص ٢٩٨؛ ٤ يولية سنة ١٩٩٢، المجموعة السابقة جـ٥ (المجلد الثانى) قاعدة رقم ١ ص ١٥ دستورية عليا فى ٥ يولية سنة ١٩٩٣، المجموعة السابقة جـ٦ قاعدة رقم ١ ص ٤٣. وانظر الأحكام الصادرة بعدم القبول والمشار إليها فى ص ٤٩، ٢١ أكتوبر سنة ١٩٩٥ المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ١١ ص ٢١٩.

إذا كانت المحكمة الـدستورية العليا قد قضت من قبل بعدم دستـورية النص المطعون فيه، فإنـه إذا أعيد بحث مـدى دستوريته فى دعـوى جديدة قضت بـاعتبار الخصـومة منتهية فى هذه الـدعوى[1]. وعلة التمييـز بين أثر حجيـة الحكم بعـدم الدستـورية، وحجية الحكم الصادر بالـدستورية فى منطوق الحكم فى الدعوى التى تثـار فيها المسألة الدستورية من جـديد، أن الدعوى الدستوريـة تختصم النص المطعون عليه، فإذا كان هذا النص قـد حكم بعدم دستوريتـه من قبل اعتبرت الخصومـة منتهية لأنها واردة على غير محل. بخلاف الحال إذا انصبت الدعوى الـدستورية على نص سبق الحكم برفض دعوى عدم دستوريته، فإن هذا النص يعتبر موجـودا مما يتصور معه نظريا اختصامه، إلا أنه تـرتيبا على الحجيـة المطلقة للحكم الصادر بـرفض الدعـوى الدستـورية يقضى بعدم قبول الدعوى الجديدة. وهو ما يقابل فى الدعوى الموضوعية المنظورة أمام القضاء العادى الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها.

ويـلاحظ أن الحجية المطلقـة للأحكـام الصادرة بـرفض الـدعوى الـدستوريـة من الناحية الموضوعيـة تثبت للمضمون القانونى الذى عبر عنه الحكم مـن خلال أسبابه، وهو مطابقة القاعـدة المطعون فيها للدستور[2]. وذلك فى ضوء التفسير الـذى تعتمده المحكمـة الدستـورية لكل من الـدستـور والتشريع، وفقا للمنهج الـذى تعتنقه عنـد الفصل فى الدعـوى، وهو ما يعتبر بـذاته فاصـلا فى مسألة دستوريـة. وتعبر المحكمة عادة عن قضـائها التفسيرى من خـلال أسباب حكمهـا. وتثبت الحجية لهذا التفسير القضائى بـوصفه جـزءا لا يتجزأ من القاعـدة المطعون عليهـا، وذلك باعتبـار أن هذه القـاعـدة ليست إلا معنى لا يـدرك إلا بتفسير النص التشريعى المطعـون عليـه. ولهذا قضت المحكمة الدستوريـة العليا بأنها إذا حددت معنى لمضمون نص تشريعى محدد، وانتهت من ذلك إلى رفض المطـاعن الدستـورية الموجهـة إليه، فـلا يجوز لأية جهـة أن تعطى هذا النص غير ذلك المعنى[3].

---

(١) دستورية عليا فى ٦ إبريل سنة ١٩٩١، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ١ ص ٩، ٧ مارس سنة ١٩٩٢، المجموعة السابقة جـ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٢٢ ص ١٨٥، ١٦ مايـو سنة ١٩٩٢ المجموعة السابقـة جـ٥ (المجلد الأول) قاعـدة رقم ٣٤ ص ٣٠٧، ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣ المجموعـة السابقة جـ٦ قاعدة رقم ٢ ص ٥٠، ٦ ديسمبر سنة ١٩٩٣ المجموعة السابقـة جـ٦ قاعدة رقم ٦ ص ٧٦.

(٢) انظر فى هذا المعنى:

A.Latorre Seguraet. L. Eiez- Picazo; Tribunal constitutionnel Espagnol, op. cit., p.113.

(٣) دستورية عليـا فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٤ القضية رقم ٣٥ سنة ٩ قضـائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٣١.

والحجية المطلقة لهذا النوع من الأحكام لها مضمـون سلبى من حيث عدم جواز نظر الـدعـوى الـدستـورية بشأن النـص الذى فصلـت المحكمة بـرفض الـدعـوى بعـدم دستوريته. ولها مضمون إيجابى من حيث اعتبار القاعدة القانونية التى يعبر عنها النص المطعون عليه مطابقة الدستور.

١١٠ـ مدى جواز العدول عن الحجية

من المقرر أن حجية الحكم تعنى أن الحكم أصبح حقيقة قانونية أمام الكافة لا تقبل المجادلة من خلال طعن آخر على حكم أو إثارة الموضوع الذى فصل فيه الحكم بدعوى جديدة.

ومع ذلك، فقد اتجهت بعض المحاكم الدستورية فى أوروبا إلى العدول عن مبادئها القانونية السابقة والتى اعتنقتها بمناسبة الفصل فى موضوع الدعاوى الدستورية، سواء بعدم الدستـورية أو بالرفض. وقد كـان الحافز نحو ذلك هو اتجاه القضـاء الدستورى نحو الاستجابة للمتغيرات التى تطرأ على المجتمع بعد صدور التشريع، والتجاوب مع الاحتياجات المتطورة لهذا المجتمع. فذهبت إلى ذلك المحكمة الدستورية الألمانية بحذر شديد إذا ما طـرأت ظروف تتطلب تقديرا جديدا من المحكمـة الدستورية[١]. وكذلك اتجهت المحكمة الدستـورية النمساوية إلى إعطاء إجـابة مختلفة عن المسألة الـدستورية تخالف ما ارتأته من قبل استنـادا إلى أن من سلطتها اعتناق أفكار جديـدة وقيم جديدة للمجتمع عبر عنها الدستور ضمنا، ومن قبيل ذلك شرط المساواة وما يمكن أن يعكس تفسيره من تأويـلات مختلفة فى ضوء تطـور الظروف. كما قضت المحكمـة الدستـورية الإيطالية أنه يمكن لها أن تغير اتجاهها فى المسألة الـدستورية فى ضوء التطورات اللاحقة فى المبادئ الأسـاسية للنظام القانـونى لما يمكن أن تؤدى إليه هذه التطـورات من حلول مختلفة[٢].

أما فى أسبانيا، فقد نص قانون المحكمة الدستورية (المادة ٣٨/ ٢) على أن الأحكام الصادرة بالرفض فى الطعون الدستورية تمنع إثارة أية مسألة مبنية على مخالفة ذات النص

---

(١) F. Loloum, Cour constitutionnal Autrichienne, op. cit., p.81.

(٢) Bruno Génévois, op. cit., p.186, 187.

انظر مثال ذلك فى جريمة الزنا، حكم المحكمة الـدستورية الإيطالية رقم ٦٤ لسنة ١٩٦١ والذى عدلت عن مبادئه فى الحكم رقم ١٢٦ سنة ١٩٦٨ (المرجع السابق ص ١٨٦ و ١٨٧).

A. Latorre Segura et L. Diez - Picaz, op. cit., p.126.

الدستـورى، وذلك من خلال نفس طـريق الطعن الدستـورى الذى حكم فيـه برفض الادعاء بعدم الـدستورية. ورؤى أنه إذا أعـاد المشرع نفس النص التشريعى الذى كان محلا للطعن الدستـورى، فى تشريع آخر، فيجوز إقـامة طعن دستـورى من نفس النوع السابق على ذات النص التشريعي بناء على أساس دستورى آخر. كما يمكن اللجوء إلى طريق طعن دستورى آخـر، على أن إمكانية فتح طريق الطعن وفقا لنـوع جديد للطعن بعدم الدستورية بعد أن صدر فى المسألة نفسها حكم سابق الادعاء بعدم الدستورية لا يجحد قيمـة هذا الحكم كسابقة قضـائية. فقد نصت المادة ٣٨/ ٢ من قانـون المحكمة على أن قيمة السابقة التى يحوزها الحكم الـدستورى لا يجوز تقييدها. وقد نظمت المادة ١٣ من قـانـون المحكمـة هـذه القيمـة فيما نصت عليـه من أنـه إذا رأت إحـدى دوائر المحكمة عدم الأخـذ بقضاء دستورى سابق أصدرتـه نفس المحكمة، تحال المشكلة إلى الجمعية العمومية للمحكمة. وقد جرت السوابق على أن تتقيد الجمعية العامة عند نظر القضية الجديدة بما سبق أن قررته فى قضايا مماثلة[1].

١١١ـ الأثر القاعدى للحكم بعدم الدستورية

يترتب على الحكم بعـدم الدستـوريـة الأثر القـانـونى المترتب على تـدرج القواعـد القانونيـة فى البنيان القانونى الـواحد إذا لم تتفق القاعدة الأدنى مـع القاعدة الأعلى (فى الدستور)، وهـذا هو الأثر القاعـدى للحكم بعدم الدستوريـة، لأنه يتعلق بمضمون القاعدة القانونية محل الطعن ويصيبها فى وجودها القانونى.

وبجانب هذا الأثر، فهناك نتيجتـان: (الأولى)، تتعلق باختصاص المشرع بإصدار القاعـدة التشريعية محل الطعن. فـالحكم بعدم الـدستوريـة يعنى أن البرلمان قد تجاوز اختصاصه.

و(الثانية)، هى ضمان القـوة الإلزاميـة لقواعـد الـدستور. فـالجزاء الذى تقضى بـه المحكمة الـدستورية عنـد مخالفة القواعـد الدستوريـة يعكس الطابع الإلـزامى فى هذه القواعـد، وهو عنصر لازم، بدونـه تتجرد قواعـد الدستـور من طابعها الإلـزامى. مما يخرجها من إطار النظام القانونى، ويحولها إلى محض عناصر برنامج سياسى، أو مجموعة من القواعد الإرشادية أو النصائح المفيدة للمشرع[2].

---

(١) انظر الأحكام ٨٦ لسنة ١٩٨٣ و ١٢١ لسنة ١٩٨٣ و ٥ لسنة ١٩٨٥ مشارا إليه فى تقرير:
A. Latorre Segura et L.Diez Picazo, op. cit., p.130.

(٢) انظر: Eisenmann, op. cit., p.380-3828

وقد ذهب الفقه الدستورى فى ألمانيا وإيطاليا[1] وأسبانيا[2]، إلى أن الحكم بعدم الدستورية له قوة التشريع ، وذلك على أساس أن آثار أحكام المحاكم الدستورية لها علاقة بمصادر القانون وتدرجها ، وأن الحكم بعدم الدستورية له قوة القاعدة القانونية ، أى له أثر قاعدى ، لأن حجيته تشير إلى دخول قاعدة قانونية جديدة مجال النظام القانونى بدلا من القاعدة المحكوم بعدم دستوريتها .

وقد عبرت عن ذلك ، المحكمة الدستورية العليا فى قولها بأن حكمها يكون فى شأن موافقة النصوص التشريعية المطعون عليها لأحكام الدستور، أو مخالفتها ، وهو إما أن يكون كاشفا عن صحتها منذ صدورها ، أو مقررا بطلانها وملغيا قوة نفاذها اعتبارا من تاريخ العمل بها .

وسوف نبين فيما بعد ، نطاق هذا الأثر القاعدى من حيث الزمان ، وهو ما يتوقف على طبيعة الحكم الصادر بعدم الدستورية فيما يتعلق بترتيب هذا الأثر القانونى ، من حيث كونه كاشفا لهذا الأثر أو منشئا له .

١١٢ ـ حجية الأحكام الصادرة قبل الفصل فى موضوع الدعوى الدستورية

جاء القضاء الدستورى لمراقبة مدى مطابقة النصوص التشريعية لأحكام الدستور، إعلاء لسيادة القانون . ومن هنا كانت المحكمة الدستورية هى قاضى الدستور، وكان القضاء العادى هو قاضى التشريع ، فالوظيفة الرئيسية للمحكمة الدستورية العليا هى بحث مدى مطابقة التشريع للدستور. ولهذا تكون لأحكامها حجية أمام الكافة حفاظا على وحدة النظام القانونى الذى يقع الدستور فى قمته .

وقد ترك الدستور للمشرع تحديد كيفية اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة . وقد عرضنا فيما تقدم أنماطا مختلفة للرقابة الدستورية ، أخذ منها المشرع المصرى بنمط معين هو الرقابة المحددة والتى ترتبط كل الارتباط بحالة محددة ينظرها القضاء العادى . ومن

---

(١) W.Zeidler, op. cit., p.52.
Génévois, Cour constitutionnelle Italienne, op. cit., p.185.

(٢) Alessandro Pizzorusso, op. cit., p.13.

هنا، جاء شرط المصلحة الشخصية لكى يقيم هـذا الارتباط الذى على أسـاسه تمارس المحكمة الدستورية سلطتها فى الرقابة الدستورية، فضلا عن شرط جدية الادعاء بعدم الدستوريـة. . نعم، إن تنظيم المشرع لكيفية اتصال الـدعوى الدستوريـة بالمحكمة، جـاء فى حدود مـا نص عليه الـدستـور المصرى فى المادة ١٧٥/ ٢ من أن القانـون يعين الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجـراءات التى تتبع أمامها. إلا أن القيمة الـدستوريـة لا تثبت إلا لـلاختصاص الأصيـل للمحكمة الـدستـورية وهـو الـرقابـة القضـائية على دستـورية القـوانين واللوائح. أمـا الاختصاصـات الأخرى التى يعينهـا القانون، فلها قيمـة تشريعية بحتة. ومن ثم، فهى قابلة للتعديـل بالإضافة أو الحذف أو التنظيم. وكذلك الشأن بالنسبة للإجراءات التى تتبع أمامها؛ والتى يمكن أن تجعل الرقـابة الدستـورية مجردة، أو محددة، أو بناء على دعـوى مباشرة من الأفـراد. فإذا كان المشرع فى مقام تحديد هذه الإجراءات قد اختار شكل الرقابة المحددة، وأقام لها التنظيم الإجرائى المطلـوب، فلا يوجـد ما يحول فى المستقبل من إدخال أشكـال أخرى للرقـابة الدستـورية معها أو بـديلا لها. فالأمـر فى التنظيم الإجرائى للرقـابة الدستـورية متروك للمشرع وحده فى حدود سلطتـه التقديرية طـالما كان ذلك فى حدود الدستـور. وهو ما أكدته المحكمة الدستوريـة العليا حين قالت عن حق كل مواطن فى اختصام النصوص التشريعية المدعى مخالفتهـا للدستـور بأنها مرحلـة لم يبلغها بعد التطـور الراهن لقـانون المحكمة الدستورية العليا[1].

وهنـا يجب التمييز بين نـوعين من هذه الأحكـام: أحكام تـرجع إلى عيب شكلى فى الدعوى كعمل إجرائى، وأحكام ترجع إلى عيب موضوعى.

أما عن العيـوب الشكلية فمنها مـا يتعلق بالمحكمـة فيؤدى إلى عدم اختصـاصها، ومنها مـا يمس الدعوى لانعـدام المصلحة أو لانعدام جـدية الـدفع بعدم الدستـورية فيؤدى إلى عدم قبولها.

وفى حـالـة العيب الشكلى فى الـدعوى والمتعلق بعمل إجـرائى، مثل عـدم إعـلان

---

(١) انظر دستورية عليا فى ٧ مايو سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٢٤ ص ٢٧٧، ٤ مايو سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٤٠ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ٣٨ ص ٦١٥.

صحيفة الدعوى فى الميعاد، أو خلوها من البيانات التى أوجبها القانون، أو عدم توقيع محام مقبول أمام المحكمة الدستورية العليا على الصحيفة، أو عدم إيداع توكيل المحامى الذى وقع على الصحيفة؛ ففى هذه الحالة يكون العيب الشكلى عارضا بسبب السلوك الإجرائى للخصوم المخالف للقانون وهو عيب قابل للتصحيح بإجراءات جديدة صحيحة. فالحكم بعدم القبول فى هذه الحالة لا يكون له أى أثر يمس القاعدة القانونية الواردة فى النص المطعون عليه، ومن ثم لا يحول دون إعادة طرح المسألة الدستورية ذاتها على المحكمة بإجراءات سليمة من حيث الشكل. وبالتالى تكون الحجية فى هذه الحالة حجية نسبية فى المسألة الإجرائية وليست حجية مطلقة[1].

أما بالنسبة للحكم بعدم اختصاص المحكمة لانعدام ولايتها، مثل الطعن بعدم الدستورية على نصوص غير تشريعية أو تتعلق بأعمال السيادة، ، فإن هذا الحكم يعتبر فاصلا فى نزاع تحكمه القواعد الدستورية المبينة لولاية المحكمة، ويكون له أثر قاعدى (إيجابى أو سلبى) حول طبيعة المصدر القانونى للنصوص المطعون عليها؛ هل هو جزء فى النظام القانونى (تشريع أو لائحة) أم خارجه (قرار إدارى فردى)؟ وهل هذا المصدر القانونى من أعمال السيادة أم لا؟. وبالتالى، لا شأن للسلوك الإجرائى للخصوم فى انعدام هذه الولاية، لأن هذا الانعدام مقرر بحكم الدستور. ومن ثم، يحوز الحكم بعدم الاختصاص حجية مطلقة أمام الكافة. وهذا ما أكدته المحكمة الدستورية العليا فى قولها بأن قضاء هذه المحكمة بعدم اختصاصها بنظرها، يقيد جهات القضاء على اختلافها وكذلك الناس جميعهم فضلا عن كل سلطة أيًّا كان موقعها[2].

ويختلف الأمر بالنسبة إلى الحكم بعدم القبول. فإذا كان الحكم بسبب عدم جدية الدفع بعدم الدستورية، فإنه ينصرف ضمنا إلى أنه لا محل لإثارة المسألة الدستورية. فإن هذا الحكم يحوز حجية نسبية فى مواجهة أطراف الدعوى. فلا يحول دون تجديد النزاع بين أطراف آخرين، لإثارة الشبهة الدستورية ذاتها، فقد يكون التأسيس على عيوب أكثر جدية. وقد تجد ظروف ومتغيرات واحتياجات متطورة تلقى ضوءا جديدا

---

(١) انظر الدكتور رمزى الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستورى، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٣، ص ٦٠٦.
(٢) دستورية عليا فى ٤ إبريل سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٧٩ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

على مفهوم النص التشريعى المطعون عليه . ولا يمكن القول بوجود حجية مطلقة لهذا الحكم، لأن المحكمة لم تفحص النصوص الدستورية جميعها على ضوء النظرة المتكاملة لأحكامها لتحدد على ضوئها مدى توافق النصوص المطعون عليها معها أو تعارضها، وإنما حصرت نفسها فى مجرد شبهة عدم الدستورية التى أثارها الدفع بعدم الدستورية . هذا إلى أن الحجية المطلقة لا تثبت إلا للأحكام ذات الأثر القاعدى التى صدرت بعد محاكمة النصوص التشريعية المطعون عليها سواء تلك التى تبطل قاعدة قانونية غير مطابقة للدستور، أو تثبت هذه القاعدة بتأكيد هذه المطابقة الدستورية، أو الأحكام التى تنبنى على تطبيق الدستور مباشرة مثل الحكم بعدم الاختصاص، لا تلك الأحكام التى صدرت قبل محاكمة النصوص المطعون عليها .

ولا يختلف الأمر كذلك بالنسبة إلى الحكم بعدم القبول لانتفاء شرط المصلحة الشخصية، طالما أن بحث هذا الشرط يهدف إلى تحديد نطاق المسألة الدستورية التى تدعى المحكمة للفصل فيها، وطالما أن المراد بهذا الشرط أن يكون النص التشريعى المطعون عليه يحول بسبب الادعاء بعدم دستوريته دون احترام أحد الحقوق التى كفلها الدستور فى النزاع الموضوعى، فإن هذه المصلحة تبلور المنفعة التى يقرها القانون من وراء الدعوى الدستورية[1] . ومن ثم، فإن الحجية تثبت لهذا الحكم، ولكنها حجية نسبية لا يخرج مداها عن نطاق أطراف الدعوى . ولا يقلل من هذا النظر، القول بأن تحديد شرط المصلحة يعتمد على مدى إخلال تطبيق النص التشريعى المطعون عليه بسبب دعوى مخالفته للدستور بما يكفله التشريع من حقوق، وأنه لا يختلف الأمر فى تحديد أثر هذا الإخلال المدعى به باختلاف الأشخاص، لأنه يعتمد أساسا على ما قد يحتويه النص التشريعى من عيب دستورى يحول دون اقتضاء الحقوق أيًا كان شخص المطالب بها ؛ حتى لا تتحول هذه الدعوى إلى حق مطلق لكل شخص بغض النظر عن توفر هذه المنفعة ؛ مما يؤدى إلى ازدحام ساحة المحكمة الدستورية بالدعاوى، وأن هذا الشرط هو الذى يبلور الحق فى الدعوى الدستورية فى الدستور المصرى، بخلاف الحال فى النظم التى أجازت الدعوى المؤدية إلى الرقابة الدستورية المجردة . إلا أن هذا

---

(١) انظر هذا المعنى فى دستورية عليا فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦، قاعدة رقم ٢٧ ص ٣٣١ .

القول لا يكفى وحده لإسباغ الحجية المطلقة للحكم بعدم القبول لانتفاء المصلحة، وذلك لأن الحكم بعدم القبول فى ذاته لا ينطوى على أى أثر قاعدى، فهو لا يشير إلى أية رابطة دستورية بين النص المطعون عليه والدستور سواء من حيث المطابقة أو عدمها، وكل ما يشير إليه هو أنه لا مصلحة للمدعى فى بحث مدى توافر هذه الرابطة، لأن الفصل فى نزاعه الموضوعى لا يتوقف على هذا البحث. هذا بالإضافة إلى أن المحكمة فى قضائها بعدم القبول لانتفاء المصلحة، تطبق المادة الثالثة من قانون المرافعات التى تتطلب توافر المصلحة فى الدعوى، ولا يكون مرجعها هو الدستور ذاته لقبول الدعاوى أيا كان نوعها(1). وإذا كان عدم القبول لانتفاء شرط المصلحة مبنيا على مخالفة قانون المرافعات، فكيف تكون له حجية مطلقة، لأنه صدر من المحكمة الدستورية العليا. فالحجية المطلقة تثبت للأحكام بالنظر إلى أثرها فى النظام القانونى، أى أثرها وهو بطبيعته أثر قاعدى، وهو ما لا يترتب مطلقا على الحكم بعدم القبول، سواء لانتفاء المصلحة أو لانتفاء الصفة. وا لحجية التى تثبت لهذا الحكم هى حجية نسبية قاصرة على أطراف الدعوى دون غيرهم. ويقتضى الجانب الموضوعى فى الحجية أن ترتب المحكمة العادية أثرها عند نظر النزاع المعروض أمامها والذى أثيرت فيه المسألة الدستورية، حتى تشق المحكمة طريقها استقلالا بعيدا عن أى نزاع دستورى. ولا يقلل من هذا النظر، نص المادة ٤٩ / ١ من قانون المحكمة الدستورية العليا الذى جرى بصفة مطلقة على أن (أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة)، دون أن يحدد نص هذه المادة نوع هذه الأحكام، ودون أن يقصرها على فصل فى موضوع الدعوى الدستورية (سواء بدستورية النص المطعون عليه أو بعدم دستوريته)؛ ذلك أن هذا النص التشريعى يجب تحديد مدلوله فى ضوء نص المادة ١٧٥ من الدستور والتى أسندت الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح إلى المحكمة الدستورية العليا، وذلك كله على الوجه المبين فى القانون. فدور القانون هنا هو فى تحديد شكل الرقابة، وكذلك تنظيم إجراءاتها. ولا

---

(1) دستورية عليا فى ٤ مايو سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٤٠ سنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٣٨ ص ٦١٥.
كما أن هذا الحكم يتعلق بمدى اختصاص المشرع بإصدار القاعدة التشريعية محل الطعن، ولا علاقة له بالقوة الإلزامية لقواعد الدستور (انظر ما تقدم بند ١٠٤).

يجوز القول بوجود مخالفة للدستور، لأن القوانين المكملة للدستور ليست إلا تشريعات عادية لا تعتبر مخالفتها فى حد ذاته انتهاكا للدستور، ما لم تعبر هذه المخالفة عن خروج على الدستور وهو ما لا يتوافر فى هذه الحالة ؛ لأنه لا يتعلق بولايتها فى المسائل الدستورية . هذا بالإضافة إلى أن المادة ١٧٨ من الدستور تركت للقانون تنظيم ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار، ولا يسرى ذلك بطبيعة الحال على الحكم بعدم القبول . وكما بينا من قبل، فإن الحجية المطلقة تثبت للأحكام الفاصلة فى موضوع الدعوى الدستورية، بناء على أثرها فى النظام القانونى . ويلاحظ أيضا أن عينية الدعوى الدستورية تتوقف فقط على دورها فى بحث المطابقة الدستورية للنصوص التشريعية، فلا ينتج الطابع العينى للدعوى الدستورية أثره فى الحجية المطلقة على حكم لم يتعرض لبحث هذه المطابقة ولم يفصل فيها . وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا فى قولها، بأن قضاء هذه المحكمة يجوز حجية مطلقة فى مواجهة الكافة بناء على أن هذه المحكمة تستمد ولايتها مباشرة من الدستور فى مجال الرقابة الدستورية ومرجعها إلى أحكامها فيما يصدر عنها من قضاء فى المسائل الدستورية . ومن ناحية أخرى، فإن تنفيذ الأحكام واجب دستورى أقرته المادة ٧٢ من الدستور بغض النظر عن نطاق حجيتها .

وواقع الأمر، أن الأحكام الصادرة بعدم قبول الدعوى الدستورية لها حجية سلبية من حيث منع إعادة طرح المسألة الدستورية أمام المحكمة الدستورية بين ذات الخصوم، ولكنها ليست حجية إيجابية من حيث المضمون القاعدى للنص المطعون عليه ؛ فلا يعقل أن يكون لها حجية مطلقة أمام جميع المخاطبين بالقانون، لأن هذه الأحكام لم تمس مضمون هذا القانون بشىء .

ومع ذلك، فإن المحكمة الدستورية فى سبيل تحديدها المسألة الدستورية موضوع الدعوى الدستورية قد تضطر إلى الفصل فى بعض المسائل الدستورية الفرعية التى تعتبرها عمادًا لحكمها، ثم يتجمع أمامها فى النهاية حكم برفض الدعوى بناء على فصلها فى المسائل الدستورية الفرعية، وحكم آخر بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة . فى هذه الحالة، يتغلب أثر عدم القبول على أثر رفض الدعوى ؛ باعتبار أن عدم القبول سابق على الموضوع . فإذا جاء الحكم بعدم القبول حاملا فى طياته أى فى أسبابه، فصلا فى مسائل دستورية ، فإن هذا الفصل يعتبر فى حد ذاته حكما له

حجيته، وفى هـذه الحالة نكون حيـال حكم بعدم القبـول فاصل فى مسألة دسـتـورية، فيجوز الحجية فى حدود ما فصل فيه من مسائل دستورية فرعية، طالما كان هذا الفصل دعامة لمنطـوق حكمها. فانتفاء المصلحـة مثلا ـ قد لا يمكن التـوصل إليه إلا فى ضوء الفصل فى مسائل دستورية فرعية[1]. وبهذا المعنى ذهبت المحكمة الدستورية العليا[2] إلى أن الحجية المطلقة تثبت للحكم فى الـدعاوى الدستورية سواء كـان قد قضى بعدم دسـتـوريـة النص الطعين، أو بـرفض الـدعـوى أو بعـدم قبـولها «فصـلا فى مسألـة دستورية». فاشتراط الفصل فى مسألة دستورية هو عماد الحجية كما قالت المحكمة.

١١٣ـ حول الخلاف بين المحكمة الدستورية العليا والهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض بشأن حجية أحكـام المحكمة الدستورية العليا بعدم القبول

واجهت المحكمة الدستورية العليا هذه المشكلات الدستورية الدقيقة حين قضت بعدم قبول الدعـوى الدستورية لانتفاء المصلحة فى الطعن بعـدم دستورية المادة ٦ من القـانون رقم ١٣٦ لسنـة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكـام الخاصة بتأجير وبيع الأمـاكن وتنظيم العلاقة بين المؤجـر والمستأجر، على أساس أن القانـون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ أعاد من جديد تنظيم هـذا الموضوع فى شأن الأماكن التى حددتها مادتـه الأولى مقررا سريان قواعد القانون المدنى ـ دون غيرها ــ فى شأن تأجيرها واستغلالها، وملغيا كل قاعدة على خلافها، بما مؤداه إطراح النصوص المخالفة للقانون الجديد ـ فى شأن يتعلق بالتجريم ـ مما يفيـد أن الجريمة التى أنشأها القانون السابق هى ذاتها التى هدمها القانون الجديد، الأمر الـذى يترتب عليه انتفاء مصلحة المدعى فى الـدعوى الدستوريـة، بعد أن غض المشرع بصره عن بعض التـدابير الاستثنـائيـة للعـلائق الإيجاريـة التى انبنى التجـريم عليها، وخرج من صلبها[3]. وأكدت المحكمـة الدستوريـة العليا ذات المبدأ عنـدما طعن بعدم دستورية المادتين ٢٦ و ٧٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ اللتين تعاقبان

---

(١) انظر بند ١١٣.

(٢) دستوريـة عليا فى ٣ أكتـوبر سنة ١٩٩٨ فى القضيـة رقم ١ لسنة ١٩ قضـائية «منازعـة تنفيذ دستـورية»، الجريدة الرسمية العدد (٤٢) فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٩٨.

(٣) دستورية عليا فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ السالف الإشارة إليه.

على تقاضى مبالغ خارج نطاق عقد الإيجار (خلو رجل)[1]. وقالت فى قضائها المذكور بأن اعتبارها القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ أصلح للمتهم، يكون متمتعا بالحجية المطلقة التى أسبغها المشرع على أحكامها الصادرة فى المسائل الدستورية . إلا أن محكمة النقض (الهيئة العامة للمواد الجنائية) بحثت بعد ذلك ما إذا كان القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ بشأن سريان أحكام القانون المدنى على الأماكن التى لم يسبق تأجيرها والأماكن التى انتهت وتنتهى عقود إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها، يعتبر قانونا أصلح للمتهم بارتكاب جريمة تقاضى مقدم إيجار يزيد على المقرر قانونا المنصوص عليها فى المادتين ٢٦ و ٧٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمادة ٦ من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٨١، وقضت بأن الحجية المطلقة قبل الكافة للأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية والتى تلتزم بها جميع سلطات الدولة هى ـ فحسب ـ للأحكام التى انتهت إلى عدم دستورية النص التشريعى المطعون فيه أو إلى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الأساس، تأسيسا على أن علة عينية الدعوى الدستورية، والحجية المطلقة للحكم الصادر فى موضوعها، والتزام الجميع به، لا تتحقق إلا فى هذا النطاق باعتبار أن قوامه مقابلة النصوص التشريعية المدعى مخالفتها للدستور بالقيود التى فرضها لضمان النزول عليها[2]، وانتهت محكمة النقض بهيئتها العامة للمواد الجنائية إلى وجهة نظر مخالفة لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا فى شأن اعتبار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ أصلح للمتهم.

ونلاحظ على النتيجة التى انتهت إليها الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض فى حكمها سالف الذكر ما يلى:

(أولا): بالاطلاع على الأسباب التى بنى عليها حكم المحكمة الدستورية العليا، نجد أنه قد أشار إلى أن هذه المحكمة قد جرى قضاؤها على أن اتفاق القانونين اللاحق والسابق مع أحكام الدستور يعتبر شرطا مبدئيا للنظر فى أصلحهما للمتهم[3]. وتطبيقا

---

(١) دستورية عليا فى ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ السالف الإشارة إليه.

(٢) نقض ١٣ إبريل سنة ١٩٩٧ فى الطعن رقم ١٨٣٨ لسنة ٦٠ قضائية (الهيئة العامة للمواد الجنائية)، لم ينشر بعد.

(٣) (دستورية عليا فى ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية عدد ١٣ فى ٢٧ مارس سنة ١٩٩٧، دستورية عليا فى ١٥ يناير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٢٩ =

لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، وذلك فيما تضمنه من افتراض علم مؤجر المكان أو جزء منه بالعقد الصادر من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبيهم، ولم تنظر المحكمة كنتيجة لذلك ما إذا كان القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ فى شأن سريان قواعد القانون المدنى على صور بذواتها من العلائق الإيجارية، تعتبر أصلح للمتهم فى مجال تطبيقها على النزاع الماثل[1]. كما نجد أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من البند «١» من المادة الثانية من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التدليس والغش قبل تعديلها بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ . وفى هذا الحكم يلاحظ أن النص المحكوم بعدم دستوريته كان يفترض علم المشتغلين بالتجارة بغش أو فساد المادة موضوع جريمة عرض أغذية مغشوشة أو فاسدة للبيع، ثم ألغيت هذه القرينة بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤، إلا أنه رغم هذا الإلغاء الذى يعتبر فى حد ذاته أصلح للمتهم، استمرت المحكمة الدستورية فى نظر الدعوى الدستورية على أساس أن القانون السابق المطعون بعدم دستوريته لا يتفق مع أحكام الدستور[2]، ومؤدى ما تقدم أن المحكمة الدستورية العليا حين اعتبرت القانون رقم ٤ لسنة ١٩٦٦ قانونا أصلح للمتهم مما ينفى شرط المصلحة الشخصية لرافع الدعوى فى الطعن بعدم دستورية القانون، قد قضت كشرط مبدئى بأن كلا من القانون المطعون بعدم دستوريته، وكذلك القانون الجديد يتفق مع أحكام الدستور. وهو ما يعنى أن الحكم قد قضى بدستورية المادة ٨٢/ ١ من القانون

= لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٣ فى ١٥ يناير سنة ١٩٩٨). وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن أو تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، وذلك فيما تضمنته من افتراض علم مؤجر المكان أو جزء منه بالعقد السابق الصادر من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبيهم، ورفضت فى أسباب حكمها اعتبار القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ فى شأن سريان قواعد القانون المدنى على صور بذواتها من العلائق الإيجارية، وإهدار كل قاعدة على خلافها، وأصلح للمتهم فى مجال تطبيقها على النزاع الماثل على أساس أن اتفاق القانونين اللاحق والسابق مع أحكام الدستور يعتبر شرطا مبدئيا للنظر فى أصلحهما للمتهم (دستورية عليا فى ٣ يناير سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(١) دستورية عليا فى ١٥ يناير سنة ١٩٩٨ السالف الإشارة إليه.

(٢) دستورية عليا فى ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦، قاعدة رقم ٤٤ ص ٧١٦.

رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر. فهو قضاء واضح بدستورية القانون الجديد، إذ لولا ذلك لما اعتبرت المحكمة القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ قانونا أصلح للمتهم. وبالتالى فإن أسباب حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧[1]، تنطوى حتما ولزوما داخل أسباب حكمها على منطوق بدستورية المادة ٨٢/ ١ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . وهو أمر واضح مما جاء فى أسباب هذين الحكمين بشأن اعتبار اتفاق القانونين السابق (أى ٤٩ سنة ١٩٧٧) واللاحق (أى ٤ لسنة ١٩٩٦) مع أحكام الدستور شرطا مبدئيا للنظر فى أصلحهما. وهذا المنطوق بالدستورية يرتبط كوحدة لا تقبل الانفصام مع قول المحكمة بأن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ يعتبر أصلح للمتهم. ولا يشترط فى القانون أن يكون قضاء المحكمة فى منطوق حكمها؛ بل يمكن أن تتضمن مدونات هذا الحكم قضاء فيما تتعرض له من مسائل متنازع عليها، مما يعتبر بحثها ضروريا للوصول إلى الفصل فى الدعوى على النحو الوارد فى منطوق حكمها .

(ثانيا): إن المحكمة الدستورية العليا حين فسرت القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ بأنه قانون أصلح للمتهم، لم تفعل ذلك تزيدا، ولم يكن تفسيرها فى ذلك توجيهيا؛ لأن النص المطعون عليه فى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ يجب أن يكون نطاق سريانه ماثلا أمام المحكمة وقت نظر الدعوى الدستورية، فإذا جاء القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦، وألغى ضمنا هذا النص بعد أن اعتبرته المحكمة الدستورية قانونا أصلح للمتهم يطبق بأثر رجعى وفقا لحكم الدستور، أصبح هذا القانون الجديد محل بحث المحكمة الدستورية العليا، وقد رأت كما أوضحت فى أسبابها، أنه قانون يتفق مع أحكام الدستور. وبعبارة أخرى، فإن صدور قانون جديد ينظم ذات المسألة التى كان ينظمها القانون القديم من خلال النص المطعون عليه، يجعله محلا للرقابة الدستورية حتما ولزوما حتى تبين المحكمة فى مجال ممارسة رقابتها نطاق تطبيق كل من القانونين القديم والجديد. فإذا تبين أن نص القانون القديم غير دستورى أدى الحكم بعدم الدستورية إلى سقوط جميع الأحكام الجنائية الباتة الصادرة بالإدانة بناء عليه. أما إذا لم يتبين ذلك، فإن القانون الأصلح للمتهم ينسخ نص القانون القديم بقوة الأثر الرجعى للقانون

---

(١) ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٨٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية».

الأصلح للمتهم، مما يحتم بحث مدى دستوريته قبل إعمال هذا الأثر. ولهذا لم يكن عبثا ما ورد فى أسباب حكم الدستورية العليا من أن كلا القانونين القديم والجديد متفق مع الدستور. ولاشك أن بحث المحكمة لدستورية القانون الجديد كان مبنيا على أثره فى الإلغاء الضمنى للنص المطعون عليه فى القانون القديم بقوة الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم. وهو ما يعتبر فى ذاته فاصلا فى مسألة دستورية تحكمها المادة ٦٦ من الدستور.

(ثالثا): إن علة الحجية التى تثبت للحكم برفض الدعوى الدستورية كامنة فى أسباب الحكم من خلال تفسير المحكمة للنص المطعون عليه بأنه يتفق مع أحكام الدستور. فالحكم الصادر بالرفض تكمن أهميته القانونية من حيث الحجية المطلقة فى فقه الدستورية [1] الكامن فى أسبابه، والذى يجعل النص المطعون عليه متفقا مع أحكام الدستور.

ولاشك أن فصل المحكمة الدستورية العليا فى أسبابها فى مسائل دستورية كان يؤدى حتما إلى رفض الدعوى لولا أنها رأت فى ضوء أسباب هذا الفصل أن المصلحة الشخصية للمدعى غير متوافرة، فاجتمع بذلك أمامها فى آن واحد موجبات الرفض وموجبات عدم القبول وتغلب أثر موجبات عدم القبول باعتبارها الأسبق من حيث الأثر، فكان قضاؤها بعدم القبول. إلا أن ذلك لا يغير من جوهر حكمها الكامن فى أسبابها وذلك باعتبار أن أساس الحجية المطلقة للحكم برفض المسألة الدستورية كامن فى أسباب هذا الحكم من خلال التفسير الذى اعتنقته المحكمة والذى يعتبر دعامة لمنطوق حكمها. هذا إلى أن عدم القبول لأسباب تؤدى إلى الرفض يجعل مؤدى عدم القبول فى واد واحد مع مؤدى الرفض. وبعبارة أخرى، فإن الحكم التفسيرى الكامن فى الأسباب هو أساس الحجية المطلقة للحكم الوارد فى المنطوق برفض الدعوى الدستورية.

(رابعا): فضلا عن كل ذلك، فما كان يمكن للمحكمة الدستورية العليا أن تصل إلى انتفاء المصلحة الشخصية كأساس للحكم بعدم القبول إلا بناء على الفصل فى المسائل الدستورية التى نظرتها وحسمتها فى أسباب حكمها؛ مما يجعل هذا الفصل فى

---

(١) Latorre Segura et L.Diez - Picazo op, cit.,

ذاته دعامة أساسية للحكم بعدم القبول. والفصل فى المسائل الدستورية الذى يعتبر دعامة للمنطوق الصادر بعدم القبول، يؤثر بلاشك فى المضمون القاعدى للقواعد التشريعية فيما يتعلق بمعناها الذى يحدد مدى ارتباطها بالقواعد الدستورية. ولما كان المنطوق والأسباب يكونان معا وحدة واحدة متكاملة، فإن الحكم بعدم القبول الفاصل فى مسألة دستورية يكون له أثر قاعدى، مما يبرر حجيته(1).

وهكذا يتعين التمييز بين الحكم بعدم القبول «البسيط» والحكم بعدم القبول «الفاصل فى مسألة دستورية»، فالحكم الأول له حجية نسبية بين أطراف الدعوى بخلاف الحكم الثانى فإن حجيته مطلقة.

وقد حسمت المحكمة الدستورية العليا كل شك فى هذا الأمر حين رفعت إليها منازعة التنفيذ بناء على حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض، فقضت بالاستمرار فى تنفيذ حكمها، وأكدت (2) فى نهاية حكمها أن الحجية المطلقة تثبت للأحكام الصادرة بعدم قبول الدعوى الدستورية «الفاصلة فى مسألة دستورية».

---

(1) انظر ما تقدم بند ١٠٤.

(2) دستورية عليا فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «منازعة تنفيذ دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٤٢ فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٩٨. قارن مع ذلك نقض ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٦٨٢٦ لسنة ٦١ قضائية حيث رفضت محكمة النقض أن تطبق من تلقاء نفسها هذا القانون الأصلح للمتهم، ملتفتة عن حكم المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن وكذا الحكم الصادر فى منازعة تنفيذه، وتأسيسا على أن المحكمة الدستورية لم تنته إلى دستورية أو عدم دستورية النص المطعون عليه، وأن المناط فى اعتبار القانون أصلح قد يتحقق رغم دستورية أو عدم دستورية أى من القانونين السابق أو اللاحق. ونلاحظ على هذا الحكم الأخير أنه ناقش حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى منازعة التنفيذ رغم حجيته المطلقة، وقوته الإلزامية المنصوص عليها فى المادة ١٧٥/ ١ من قانون المحكمة الدستورية العليا. ومن ناحية أخرى، فإن ما ورد فى أسباب حكم المحكمة الدستورية بشأن القانون الأصلح لم يكن كما قالت محكمة النقض ـ تفسيرات وتقريرات قانونية ـ بل كان فى مقام الفصل فى مسائل دستورية، وقد تم بعد أن قطعت المحكمة الدستورية العليا بدستورية القانونين القديم والجديد، وما كان يمكن للمحكمة بعد أن فصلت فى دستورية نص القانون القديم المطعون عليه إلا أن تبين مدى نطاق تطبيقه من حيث الزمان فى ضوء نص القانون الجديد، مما دفعها إلى بحث مدى اعتباره قانونا أصلح للمتهم طبقا للمادة ٦٦ من الدستور. ولا يقدح فى اعتبار الهيئة العامة للمواد الجنائية فى قمة المدارج فى سلم القضاء الجنائى ـ كما قالت بحق محكمة النقض فى حكمها الأخير المشار إليه ـ أن تكون ملزمة بتنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا، فذلك أمر تقتضيه سيادة الدستور وتتطلبه وحدة النظام القانونى. كما أنه لا يضير السلطة التشريعية وهى التى تضم نواب الشعب أن تنفذ أحكام المحكمة الدستورية العليا، إعمالا لحكم الدستور الذى تستمد منه شرعية وجودها.

فهنا تندمج الأحكام بعدم القبول فيما تضمنته من فصل فى مسائل دستوريته فتثبت لها جميعا حجية مطلقة. وإعمالا لما جاء فى حكمها بشأن الحجية المطلقة لهذه الأحكام، فقد عنيت المحكمة الدستورية العليا بإيضاح أن الضرورة الاجتماعية التى انطلق منها القانون القديم أسقطتها فلسفة جديدة تبناها القانون الجديد، مما يجعل الجزاء الجنائى المقرر فى القانون القديم ينهدم بقوة رجعية القانون الأصلح للمتهم. وهذه الرجعية ليست مجرد مسألة قانونية، وإنما هى مسألة دستورية تنبثق من مبدأ الشرعية، وعليها صون الحرية الشخصية التى كفلها الدستور بنص المادة ٤١ منه. ومن هنا حق القول بالحجية المطلقة تثبت لحكم المحكمة الدستورية العليا حتى ولو جرى منطوقه بعدم القبول، طالما كان هذا الحكم فاصلا فى مسألة دستورية، من خلال أسبابه التى تعتبر دعامة للمنطوق.

المبحث الثـــانى
آثار الأحكام الصادرة بعدم الدستورية من حيث الزمان

١١٤ـ المشكلة موضوع البحث

بينا فيما تقدم أن الحكم بعـدم دستورية النص التشريعى المطعون عليـه يؤدى إلى أثر قاعـدى يفيد إدخـال قاعدة قـانونيـة جديدة مجال النظـام القانـونى بدلا من القـاعدة المحكوم بعدم دستـوريتها. وهو ما يعنى أن القـاعدة المحكوم بعدم دستـوريتها سوف تزول من النظام القـانونى. فما هو نطاق هذا الأثـر القانونى، وهل ينحصر فى المستقبل التالى لتـاريخ نفاذ الحكم أم يمتـد إلى حقبة سـابقة على الحكم ترتـد إلى ميلاد القـاعدة المحكوم بعدم دستوريتها.

إن الإجابة عن هذا السؤال تتوقف على أمرين:

أولهما، يتعلق بطبيعة الحكـم الصادر بعدم الـدستوريـة، فإن كان كـاشفا للعيب الدستورى منذ مولد النص المحكوم بعدم دستوريته، اتسع نطاق آثار هذا الحكم لكى يشمل جميع الآثار القـانونية المترتبة على النص المذكـور منذ تاريخ العمل بـه. فإن كان الحكم المذكور منشئا أى مقـررا إلغاء النص من النظام القانونى، رتب آثـار هذا الإلغاء منذ العمل بالحكم الصادر بعدم الدستورية.

وثانيهما، يتعلق باعتبـارات النظام العام التى قد تحول دون اتساع نطـاق آثار الحكم بعدم الدستورية عند اعتباره كاشفا لما كان قد أصاب النص التشريعى من عوار. وهذه الاعتبارات تمس إما الحقوق المكتسبة، أو الأمن القانونى.

وقد اختلفت أنظمة القضاء الدستورى فى شأن أثر الحكم بعدم الدستورية على بنيان القاعدة القانونية سواء من حيث صحتها ابتداء من تاريخ مولدها، أو من حيث العمل بها انتهاء من تاريخ إنهاء العمل بها. وفيما يلى نعرض لمختلف اتجاهاته فى هذا الشأن.

وقد تـرددت المحكمة العليا الأمـريكية بين الاتجاهين فقـد قضت فى سنة ١٨٨٦ فى قضية "Norton V. Sheby" بأن القانون غير الـدستورى ليس بقانون، فهـو لا يولد

حقا ولا يفرض واجبا ولا يمنح أية حماية، ولا ينشئ أيـة سلطة، فلا يعمل به؛ بل كأنه لم يصدر على الإطلاق[1]. وفى سنة ١٩٣٧ عدلت عـن هذا الاتجاه فعلى حين قررت فى قضية بعدم دستورية الحد الأدنى للأجـور سنة ١٩٢٣ واعتبرت القانون المذكور باطلا، إلا أنهافى سنة ١٩٣٧ عـدلت عن هذا المبدأ وقـررت أنه ليس لأحكامها أى قـوة لإلغاء التشريع فرغم الحكم بعدم الدستورية يظل التشريع باقيا[2].

١١٥ـ (أولا): الحكم بعـدم الـدستوريـة له أثـر كاشف ببطـلان النص التشريعى المطعون عليه

يعتمد هذا الاتجاه على أن الحكم بعدم دستـورية النص التشريعى الذى يحتوى على قاعدة قانـونية يعنى تعارض هذه القاعدة مع حكم الدستور، وبـالتالى سقوط الأساس الـذى تنبنى عليه هـذه القـاعـدة فى النظام القـانـونى. وهو مـا يعنى أن الحكم بعـدم الـدستوريـة يعتبر كـاشفا لهذا العيب لا منشئـا لـه، الأمـر الذى يمس صحـة النص التشريعى المطعـون عليه منـذ تـاريخ العمل بـه، وهو مـا اصطلح على تسميتــه (Ex Tunc). ونحن لا نقـر الخلط بين أثـر الحكم الكـاشف والأثـر الـرجعى، فـالحكم الكاشف يقرر حقيقة واقعة قبله ولا ينشئها. ومن ثم، فإنه يكشف ما كانت عليه هذه الحقيقة الواقعة رغم ارتـداد وقوعها إلى تاريخ سابق على الحكم. أمـا الأثر الرجعى فهو استثناء على الأصل، لأنه ينصرف إلى امتداد الأثـر القانونى إلى وقت مضى لم يكن هذا الأثر موجـودا بعد. هذا بخلاف الحكم الكـاشف، فإنه يكشف عن أثر كـان موجودا من قبل ولا يستحدث جديدا.

ويعتمـد الأثر الكـاشف للحكم بعـدم الدستـوريـة على أساس أن عيب مخالفـة القاعدة القانونية للشرعية الدستورية يولد مع القاعدة ذاتها[3]. كما أنه بدون تقرير هذا الأثر تنتفى الفائدة العمليـة من الحكم بعدم الدستوريـة، إذ لا تستطيع المحكمة التى أوقفت الدعـوى انتظارا للفصل فى الـدعوى الدستـورية أن تطبق الحكم الصـادر فيها بعدم الدستورية على النزاع المطروح عليها. يـؤكد ذلك أن الطبيعة القانونية للأحكام،

---

(١) Norton V. Sheby county, 118 U.S. 425 (1886).

(٢) انظر: Gerald Gunther, Individual Rights in constitutional law, N.Y. 1992 p.28.

(٣) Pierre Foucher; Contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux dans les États de droit: convergence des solutions en occident et idées pour l'Afrique (aupelef - Uref) réseau droits fondamentaux, les droits fondamentaux, Bruxelles, 1997, p.358.

هى اعتبارهـا كاشفة للحقـوق وليست منشئة لها[1]، إذ هى لا تستحـدث جديـدا ولا تنشىء مراكز قانونية لم تكن مـوجودة من قبل، بل إنها تكشف عن حكم الدستور وهو مقرر سلفا منذ تم العمل به.

وقد اعتنقت المحكمـة الدستوريـة العليا فى مصر الاتجاه الآخذ بـالأثر الكـاشف للحكم بعدم الـدستوريـة على أساس أن ما نصت عليـه المادة ٤٩ من قانـون المحكمة الدستورية العليـا من أن النصوص القانونية المحكوم بعـدم دستوريتها لا يجوز تطبيقها اعتبارا من تاريخ نشر الحكم فى الجريدة الرسمية لا يعنى أن لهذه الأحكام أثرا مباشرا لا تتعداه، وأنها بذلك لا ترتد إلى الأوضاع والعلائق السابقة عليها ـ ذلك أن كل ما قصد إليه هـذا القانـون بنص المادة ٤٩ المشار إليها لا يعـدو تجريد النصـوص القانـونية التى قضى بعدم دستوريتها من قوة نفاذها التى صاحبتها عند إقرارها أو إصدارها. فلا يقوم من بعـد ثمـة مجال لتطبيقهـا، وأن الآثـار التى تـرتبهـا الأحكـام الصـادرة فى المسـائل الدستورية لا يمكن فصلها عن الأوضاع والعـلائق السابقة عليها بعد أن مسها النص المطعون فيه مؤثرا فى بنيانها، وأن هذا النص لا ينفصل عما يكون قد اعتراه من عوار عند إقراره أو إصداره، فلا تكون عيـوبه طارئا عارضا عليه، بل كامنـة فيه، ولصيقة به منذ ميلاده، ومتصلة بهـ ـ لزوما ـ اتصال قرار بما يشوهه، وكشفـه عن عيوبه هذه ليس إلا إعلانا عن حقيقتها وإثباتا لها[2].

ويستنـد مبدأ الأثـر الكـاشف للحكم بعـدم الدستـوريـة على مبـدأ المساواة أمـام القانـون. فلا يجوز التمييز بين مراكـز قانونيـة تكونت قبل هذا الحكم وأخـرى تكونت بعده. كما أن هذا الأثـر الكاشف يضمن فعالية الـرقابة على دستوريـة القوانين وتأكيد سيـادة القانـون. وبذلك تعلـو الحقوق والحريـات، ولا تنتكس قيمتها مهما تعـرضت للانتكاس فى فترة مؤقتة، لأن الأثر الكاشف بعـدم الدستورية ضمان هام لإزالة كل ما أصابها من انتكـاس فى الماضى. هذا هـو منطق الدولة القـانونيـة التى لا تترك الحقوق والحريات التى يحميهـا الدستـور عرضـة للمساس بها، وإنما تكفل حمايتهـا من خلال هيئة قضائية تعتبر جزءا من نظام الدولـة، وهى المحكمة الدستورية العليا. ومع ذلك فإنه إذا كـان الأثر الكاشف فى حد ذاتـه يعكس قيمة دستورية معينـة إلا أن إقرار هذه القيمة لا يجوز أن يكون على حساب قيم دستورية أخرى، وفقا لنظام الحماية.

---

(١) دستورية عليا فى ١٩ مايو سنة ١٩٩٠، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٤، قاعدة رقم ٣٣ ص ٢٥٦.
(٢) دستورية عليا فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦، قاعدة رقم ١٢ ص ١٢٧.

* وقد ميزت المحكمة الدستورية الاتحادية فى ألمانيا بصدد أثر الأحكام بعدم دستورية القوانين بين نوعين من الأحكام[1]:

(١) حكم يعلن بطلان النص التشريعى المخالف للدستور. وهذا الحكم له أثر كاشف يلحق النص منذ بدء العمل به. ويترتب على إعلان بطلان النص التشريعى استمرار وجود الأحكام القضائية الصادرة بناء عليه من حيث المبدأ، ما لم يكن قد طعن عليها قبل الحكم. على أنه إذا كان الحكم لم ينفذ بعدما أصبح تنفيذه غير مشروع. وإذا تعلق الأمر بقانون ضريبى قضى بعدم دستوريته، فلا يجوز استرداد الضريبة المدفوعة ما لم يكن الممول قد طعن من قبل على قرار ربط الضريبة، مما يجعل هذا القرار غير بات.

(٢) حكم يعلن عدم دستورية النص التشريعى دون أن يعلن بطلانه. وقد استحدثت المحكمة الدستورية الاتحادية فى ألمانيا هذا النوع من الأحكام دون أساس من الدستور أو التشريع، بل ذهب البعض إلى أن هذا النوع من الأحكام يخالف قانون المحكمة الذى أقام علاقة لازمة بين عدم دستورية النص وبطلانه، مما أدى بالمشرع سنة ١٩٧٠ أن يجيز إصدار هذا النوع من الأحكام، دون أن يحدد أحوال صدورها أو آثارها. ولكن المحكمة الدستورية الاتحادية حددت هذه الآثار وهى الاستمرار فى تطبيق النص غير الدستورى مؤقتا، مع التزام المشرع بالتخلص من أثر عدم الدستورية، عدا الحالة المنظورة أمام المحكمة العادية والتى رفعت الدعوى الدستورية بمناسبتها، فإن هذه المحكمة تلتزم بعدم تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته. وفى هذا الصدد، فإن المحكمة الدستورية قد تحدد للمشرع مهلة معينة لتفادى عيب عدم الدستورية. ويهدف هذا النوع الثانى من الأحكام إلى تفادى وجود فراغ قانونى محتمل إذا ما قضى بإعلان بطلان النص غير الدستورى. والأمر متروك للمحكمة فى تقدير مدى ملاءمة إصداره، ومع ذلك، فقد ذهبت فى بعض أحكامها إلى أن الحكم بعدم الدستورية ينتج ذات الأثر الذى يولده الحكم بإعلان البطلان. وهكذا، يتضح أن آثار هذا النوع الثانى من الأحكام مازالت غير واضحة. وقد تعرضت المحكمة الدستورية الاتحادية للانتقاد بسبب هذا النوع من الأحكام حين استحدثته دون أساس قانونى. فقامت بذلك مقام المشرع فى فترة انتقالية إلى أن تدخل المشرع سنة ١٩٧٠ فقنن قضاءها

---

(١) انظر فى الموضوع:
Klaus Schlaich;, Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux, Tribunal constitutionnel féderal Allemand, op. cit., p.140-145.

المذكور. وقد تطـور الأمر فى نطاق هذا النوع الثـانى من الأحكام، فلم تقتصر المحكمة على النطق بعدم الدستورية بل طالبـت المشرع بأن يعمل وفقا للدستور. وقد حدث أن نظرت المحكمة طعنا بعـدم دستورية قانون تقسيم الـدوائر الانتخابية، ورأت المحكمة عدم احترام القانون لمبدأ عدم المساواة فى التقسيـم بالنظر إلى عدد سكان الدائرة، الأمر الذى يؤثر فى وزن الصوت الانتخـابى عند نجاح المرشح؛ ومع ذلك، قضت المحكمة الدستوريـة الاتحادية بعدم وجود مخالفة دستوريـة حتى وقت إتمام الانتخابات، إلا أنها طـالبت المشرع بأن يعتنق تقسيما سليما للـدوائر الانتخـابية. وقـد لـوحظ أن المحكمـة الدستوريـة الاتحادية الألمانية قد وضعت فى اعتبـارها عند إصدار هـذا النوع الثانى من الأحكام النتـائج السياسية المترتبة على قضـائها، وما قد تتضمنـه من آثار خطيرة تلحق بالدولـة ومنها ما سمى بالفوضـى القانونية أو بالفـراغ القانونى[1]. فهى قد صححت الانتخابات وفقا لقانون غير دستورى للحيلولة دون هذه النتيجة الخطيرة.

وقد أخذت المحكمة الدستورية الأسبانية بهذا المبدأ. فقضت بأنه إذا كان الأصل هو بطـلان النصـوص المتنازع عليهـا بنـاء على الحكم بعـدم دستـوريتها، وكـذلك أيضـا النصوص المبنية عليهـا، إلا أن ذلك الأصل لا ينطبق فى حالة الحكم بعدم الـدستورية بسبب امتنـاع المشرع؛ لأن إعلان بطلان هـذه النصوص لا يعـالج عيب الامتنـاع، مما يتعين معه الاقتصار على الحكم بعدم دستورية النص الذى يشوبه عيب امتناع المشرع، دون الحكم ببطلانه[2]، مع دعوة المشرع للتدخل لتصحيح عدم الـدستورية المترتبة على هذا الامتنـاع أو الإغفال[3]. كما انتهت المحكمة الـدستوريـة الأسبانية إلى عـدم جواز إعلان بطـلان النصوص المقضى بعدم دستوريتهـا إذا ترتب على هذا البطـلان إحداث فراغ فى النظام القانونى يعرضه لخطر أكثر جسامة من خطر عدم الدستورية[4].

*وقد تغلبت المحكمة الدستورية الإيطالية على تردد الفقه الـدستورى بشأن طبيعة الحكم الصادر بعدم الدستورية من حيث اعتبـاره كاشفا أو منشئا، فسرعان ما أكدت أن أحكامهـا بعدم الدستـورية لها أثر كـاشف تنسحب آثاره على الماضى (Ex tunc) وليس أثـرا منشئا يـؤدى إلى مجرد إلغـاء النص المعمول بـه. وأكـدت المحكمة فى أحـد

---

(١) انظر: Klaus Schlaich, op. cit., p.140-145.Wlofgang Zeidler, op. cit.,51-52.

(٢) انظر ما تقدم ص ٢٣٦.

(٣) الحكم رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٩ الصادر فى ٢٠ فبراير سنة١٩٨٩ مشارا إليه فى:
Annuaire International de justice constit., 1998, p. 727.

(٤) الحكم رقم ١٩٥ سنة ١٩٩٨ فى أول أكتوبر سنة ١٩٩٨ مشارا إليه فى: Annuaire op. cit., p. 727.

أحكامها[٢] أن إعلان عدم الدستورية يصيب القاعدة القانونية منذ حذفها من النظام القانونى، ويجعلها عاجزة عن التأثير فى العلاقات القانونية منذ نشوئها، دون مساس بالمراكز القانونية الباتة. وقالت فى حكم آخر[١] بأن الحكم بعدم دستورية القاعدة القانونية يجعل الأعمال والتصرفات المتوقفة على هذه القاعدة خالية من أى أساس قانونى. كما جرى قضاؤها على أن للمحكمة أن تستبعد «الأثر الرجعى» للحكم بعدم الدستورية فى بعض القضايا إذا ترتب على الأثر الرجعى اضطراب فى العلاقات القانونية.

* وأكدت المحكمة الدستورية البرتغالية أن الحكم الصادر بإعلان عدم الدستورية له أثر كاشف "Déclaratif"، وينتج أثره أى منذ تاريخ ميلاد القاعدة مشوبة بعدم الدستورية[٢] (Ex tunc).

وقد نص الدستور البورتغالى صراحة على استثناء الحالات التى حازت حجية الأمر المقضى من نطاق الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية (Ex tunc). وطبقا لهذا النص، فإن الأحكام التى حازت هذه الحجية والتى طبقت القاعدة المحكوم بعدم دستوريتها لا يعاد النظر فيها بأى طريق فى ضوء الحكم بعدم الدستورية. وقد ذهب الفقه البرتغالى إلى أن المقصود بحجية الأمر المقضى ينصرف إلى كل من الحجية القضائية (Chose jugée juridictionnelle) والحجية الإدارية (Chose jugée administra- tive) التى تتمتع بها القرارات الإدارية التى أصبحت غير خاضعة للطعن (بفوات ميعاد الطعن مثلا).

وقد أضاف الفقه إلى هذه الحالة التى نص عليها الدستور صراحة، المراكز القانونية المستقرة تحت تأثير التقادم، أو انقضاء الالتزام أو أدائه، إلا أن موقف المحكمة الدستورية البرتغالية بشأنها لم يتضح بعد، فقد لوحظ أنها قد اتخذت جانب الحذر فى هذا الشأن رغم تقديرها بأن استثناء حجية الأمر المقضى لا يستوعب جميع المراكز القانونية المستقرة. ومن ناحية أخرى، استقرت المحكمة الدستورية البرتغالية على تقييد نطاق ما يسمى «بالأثر الرجعى» لأحكامها الكاشفة لعيب عدم الدستورية، عندما

---

(٢) الحكم رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦٦ مشار إليه فى:
Génévois, Cour constitutionnelle Italienne, Annuaire 1987, op. cit., p.188.

(١) الحكم رقم ٤٩ سنة ١٩٧٠ مشار إليه فى المرجع السابق ص ١٨٨ وقد قضت المحكمة الدستورية الإيطالية بأنه إذا أعلنت عدم دستورية قاعدة ألغت قاعدة أخرى، عادت هذه القاعدة الأخرى الملغاة إلى الحياة (انظر الحكم رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٤، المرجع السابق ص ١٨٩).

(٢) Génévois, op. cit., p.189.

يتطلب الأمن القانونى ذلك مراعاة لصالح العدالة أو المصلحة العامة ذات الأهمية القصوى(١). وفى هذه الحالة يتعين على المحكمة تسبيب حكمها فى هذا الشأن. وأنه فى سبيل ذلك لها أن تؤجل إنتاج آثار الحكم بعدم الدستورية كلها أو بعضها إلى أجل معين(٢).

١١٦ـ (ثانيا): الحكم بعدم الدستورية له أثر منشئ بإلغاء النص التشريعى المطعون عليه

مؤدى هذا الاتجاه أن الحكم بعدم الدستورية يعنى إلغاء النص التشريعى اعتبارا من اليوم التالى لنشر الحكم المطعون عليه والتى تستخلص منه القاعدة القانونية غير المطابقة للدستور. ومن ثم، فإن هذا النص لا يعمل به اعتبارا من تاريخ الحكم بعدم الدستورية، وهو ما يعبر عنه بـ (Ex nunc). وقد أخذت بهذا الاتجاه المحكمة الدستورية فى كل من أسبانيا، وتركيا، وبولندا (قبل صدور دستور ١٩٩٧) وبلغاريا (١٩٩٢)، والمجر (١٩٨٩)، ورومانيا (١٩٩٢)، وسلوفاكيا (١٩٩٣) والتشيك (١٩٩٣)(٣). وهو ما يعنى أن الحكم المذكور له أثر منشئ بإلغاء النص المطعون عليه، وليس أثرا كاشفا لعيب لحق به منذ مولده.

وقد أخذ بهذا النظر الدستور النمساوى، إذ نص على أن الحكم «بعدم دستورية» النص التشريعى المطعون فيه (سواء كان واردا فى تشريع أو لائحة) ينتج أثره اعتبارا من يوم نشر الحكم (المادتان ١٣٩ و ١٤٠ من الدستور النمساوى)(٤). وهو ما يسمى (Ex nunc)، وهو ما يعنى أن القاعدة القانونية التى تضمنها النص التشريعى المحكوم بعدم دستوريته تظل حاكمة للوقائع التى حدثت فى الماضى أى قبل نشر الحكم بذلك(٥). وقد شبه أيسمان ذلك بالحكم بإلغاء القاعدة القانونية الذى ينتج أثره منذ العمل بهذا الإلغاء(٦). وتستثنى من ذلك، ثلاث حالات هى:

---

(١) انظر: Almeida, op. cit., p.214-218.
(٢) Almeida, op. cit., p.217.
(٣) انظر: Almeida, Annuaire, 1987, op. cit., p.214,215.
(٤) انظر: José Manuel cardoso da costa, op. cit., p.35.
(٥) Loloum et Steinhorst; Cour constitutionnelle Autrichienne, Annuaire 1987, op. cit., p.77.
(٦) Loloum et Steinhorst, op. cit., p.78.

(١) سريان الحكم بعدم الدستورية على الحالة المعروضة على محكمة الموضوع والتى أثير بشأنها الدفع بعدم الدستورية الذى أحيل إلى المحكمة الدستورية العليا، وأصدرت فيه هذه المحكمة حكمها بعدم الدستورية بعد أن باشرت رقابتها المحددة على هذه الحالة. ووفقا للأحكام الحديثة للمحكمة الدستورية الألمانية يسرى أثر بطلان القاعدة القانونية كذلك على كل الحالات الأخرى التى كانت منظورة أمام المحكمة قبل قفل باب المرافعة فى الحالة التى صدر فيها الحكم[١].

(٢) يجوز للمحكمة أن تحدد تاريخا آخر لنفاذ حكمها غير الأثر المباشر، بأن تشمل حكمها، وفى حدود سلطتها التقديرية ــ بالأثر «الرجعى». وفى هذه الحالة، فإن النص المحكوم بعدم دستوريته لا ينتج أثره وتزول قوته القانونية منذ مولده. وقد لوحظ أن المحكمة الدستورية الألمانية قد استخدمت هذا الرخصة التى تقررت لها منذ سنة ١٩٧٦ فى حالات نادرة. وأرجع البعض ذلك إلى عدم قدرة المحكمة على تقييم النتائج المترتبة على الأثر الرجعى فى الحالات التى عرضت عليها.

(٣) يجوز للمحكمة الدستورية فى حكمها الصادر بعدم دستورية النص المطعون عليه أن تحدد أجلا يتراخى فيه أثر الحكم بعدم الدستورية حتى ينتج هذا الحكم أثره ـ عدا الحالة المحددة التى صدر بشأنها الحكم بعدم الدستورية فيطبق الحكم فورا بشأنها. وقبل حلول هذا الأجل يستمر النص المحكوم بعدم دستوريته فى التطبيق. وبذلك، فإن القاعدة القانونية المقضى بعدم دستوريتها يجب معاملتها وكأنها ما زالت جزءا فى النظام القانونى مطابقة للدستور لا مساس بها، وذلك حتى ينقضى الأجل الذى حددته المحكمة. وقد لوحظ أن المحكمة كثيرا ما تستخدم هذه الرخصة بناء على طلب الحكومة. وقد كانت العلة الغالبة التى تحكم ممارسة المحكمة لهذه الرخصة القول بأن بطلان القاعدة القانونية سوف يقود البلاد إلى وضع مؤلم من الناحية السياسية[٢]. وقد تصل هذه المهلة إلى سنة تتمكن فيها الدولة من تنقية القانون من العيب الذى لحقه. كما لوحظ أيضا أن المحكمة الدستورية النمساوية قد بدأت فى اتخاذ موقف محافظ أكثر من ذى قبل عند ممارسة رخصتها فى تحديد أجل لترتيب أثر الحكم بعدم الدستورية، وأنها تتطلب من الحكومة أن تثبت أن الاختفاء الفورى للقاعدة المخالفة

---

(١) C. Eisenmann, op. cit., p.229.

(٢) Loloum et Steinhorst, op. cit., p.79.

للدستور لا يتفق مع الضرورات العملية، وأن الأجل المطلـوب يستهدف إعطاء الفرصة لتحقيق الهدف المطلوب من الحكم بعدم دستورية هذه القاعدة [(١)].

وفى هذا الخصوص، نص الدستـور البولندى الصادر سنة ١٩٩٧[(٢)] فى المادة ١٩٠ على أن حكم المحكمـة الدستـورية يعمل بـه من يوم نشره، ويجوز للمحكمـة أن تحدد تـاريخا آخر لانقضـاء القوة الإلـزاميـة للتشريع (وغيره من الأعمال التى تتضمن قواعـد قانـونية)، ولا يجوز أن تـزيد هذه المدة عن ثمانيـة عشر شهرا بـالنسبة للتشريع، واثنى عشرة شهرا بالنسبة إلى غير ذلك من الأعمال التى تتضمن قواعد قانونية. أما فى الأحوال التى يترتب فيها على الحكم أعباء مالية لم ينص عليها القانون المالى (أى قانون الموازنة)، تحدد المحكمة تاريخ انقضاء القوة الإلزامية بعد أخذ رأى مجلس الوزراء.

وجاء قانون المحكمة الدستوريـة البولندية الصادر فى أول أغسطس سنة ١٩٩٧ بناء على هذا الدستور فنص فى المادة ٧١ على أن المحكمة الدستورية تحدد عند الحكم بعدم الدستورية التاريخ الذى سوف يتوقف فيه العمل بالقانون غير الدستورى.

١١٧ـ أثـر الحكم بعدم الـدستورية طبقـا لقانون المحكمـة الدستـورية العليا فى مصر

نصت المادة ٤٩/ ٣ و٤ من قانـون المحكمة الدستـورية العليا الصـادر سنة ١٩٧٩ قبل القـرار بقانـون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ على أن (يترتب على الحكم بعـدم دستوريـة نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم. فإذا كان الحكم بعدم الدستـورية متعلقا بنص جنائى، تعتبر الأحكام التى صدرت بـالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن. ويقوم رئيس هيئـة المفوضين بتبليغ النائب العام بـالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه).

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون نطاق أثر الحكم بعدم الدستورية قائلة (بعدم تطبيق النص ليس فى المستقبل فحسب، وإنما بالنسبة إلى الـوقائع والعـلاقات

---

(١) LoLoum et Stenhorst, op. cit., p.79.

(٢) انظر نصوص هذا الدستور المتعلقة بالمحكمة الدستورية العليا،
Annuaire International de justice constitutionnelle, 1997, pp.833 -837.

السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية النص) . واستقر قضاء المحكمة الدستورية العليا فى تفسير النص سالف الذكر على ما أسمته بالأثر الرجعى اعتمادا على أن عيب المخالفة الدستورية يولد مع القاعدة ذاتها .

وقد ذهب البعض[1] إلى أن أثر الحكم بعدم الدستورية يعد منشئًا لحالة عدم الدستورية وليس كاشفًا عنها .

وواقع الأمر أنه طبقا للمادتين ١٨٧ أو ١٨٨ من الدستور ، فإن القوانين يعمل بها بعد شهر من نشرها من اليوم التالى لتاريخ نشرها فى الجريدة الرسمية ، إلا إذا حددت لذلك ميعادا آخر. ولا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها . ومن ثم ، فإن مناط العمل بالقوانين هو نشرها فى الجريدة الرسمية ، ونطاق سريان القوانين يتحدد فيما يقع بعد العمل بها لا قبل ذلك . فإذا نص القانون على عدم جواز تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشر الحكم ، فإن إعمال حكم المادتين ١٨٧/ ١ و ١٨٨ من الدستور فى هذه الحالة ينحصر بالضرورة فى القوانين التى لا يصيبها عوار فى شروط صحتها لأن القضاء بعدم دستورية قانون معين يزيل وجوده من النظام القانونى .

والقاعدة القانونية بطبيعتها ملزمة للمخاطبين بها ، وهو ما يفترض قابليتها للتطبيق ؛ فلا إلزام بغير تطبيق ، ولا تطبيق بغير إلزام . ومن ثم ، فإن النص على عدم جواز تطبيق نص فى قانون أو لائحة قضى بعدم دستوريته يعنى تجريد القاعدة القانونية التى يحتويها هذا النص من خاصية الإلزام ، الأمر الذى يفقدها ركنا ركينا من أركان صحتها ، مما يودى بطبيعتها كقاعدة قانونية ولهذا نرى أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر قد وصفت فى بعض أحكامها النص القانونى المقضى بعدم دستوريته بالبطلان[2]. ولما كان البطلان بحسب طبيعته ليس إلا نتيجة قانونية لعدم صحة العمل القانونى ، فإن وصف النص غير الدستورى بالبطلان يفيد عدم صحته منذ

---

(١) الدكتور مصطفى محمود عفيفى ، رقابة الدستورية ، تقرير مقدم إلى المؤتمر العالمى الأول لكلية الحقوق بجامعة حلوان عن دور المحكمة الدستورية العليا فى النظام القانونى المصرى (أعمال المؤتمر طبعة ١٩٩٨ ص ٦٥ و ص ٧٧).

(٢) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٢ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد رقم ١) ص ٨٩ ، ودستورية عليا فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤ ، المجموعة السابقة جـ٦ ص ٤٨ .

تاريخ العمل به . والصحيح ـ عندنا ـ أن البطلان يرد على القاعدة القانونية الواردة فى النص بعد أن فقد خصيصة الإلزام، ولا يرد على النص التشريعى الذى يظل قائما بغير مضمون قاعدى . ويرجع عدم الصحة إلى عدم مطابقة القاعدة القانونية فى تشريع أو لائحة للدستور فى إطار نظام قانونى واحد يضم قواعد قانونية متدرجة يعتبر توافق كل منها مع المستوى الأعلى شرطا لصحته .

وقد عرضنا فيما سبق بعض نماذج القضاء الدستورى فى أوروبا ، حيث أخذ القانون المصرى بالنموذج الأوروبى فى الرقابة الدستورية . وتبينا أن بعضها اتجه إلى أن الحكم بعدم الدستورية له أثر كاشف فى تجريد النص غير الدستورى من آثار منذ مولده . وأن البعض الآخر قد اتجه إلى عكس ذلك معتنقا مبدأ الأثر المنشئ لهذا الحكم . ولا شك أن هذا الخلاف يؤدى إلى اختلاف فى التأصيل القانونى لأثر الحكم بعدم الدستورية ؛ فالاتجاه الأول يؤدى إلى بطلان النص التشريعى كأثر لعدم دستوريته . بينما الاتجاه الثانى يؤدى إلى إلغاء النص التشريعى غير الدستورى . ومن المعروف أن البطلان يكشف عدم صحة العمل القانونى منذ تكوينه ، فيجرده من جميع الآثار القانونية منذ وجوده ، بخلاف الإلغاء ، فإنه ينتج أثره منذ تقريره أى إنشائه .

ووفقا لقضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر، فإن تفسيرها الذى ينبنى عليه الحكم له قوة الإلزام، ويتمتع تبعا لذلك بالحجية المطلقة ، فيحدد بذلك المسار القانونى الذى يجب اتباعه حيال أحكامها . ولا يقلل من هذا النظر ما نصت عليه المادة ٤٩/ ٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا من عدم جواز تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشر الحكم .

فبالنسبة إلى القانون ، يجب التمييز بين تاريخ العمل به ، وبين نطاق سريانه .

فمن حيث تاريخ العمل بالقانون، تكفلت المادة ١٨٨ من الدستور فنصت على أن يعمل بالقوانين بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها ، إلا إذا حددت لذلك ميعاد آخر. **ومن حيث نطاق سريان القانون**، نصت المادة ١٨٧/ ١ من الدستور على أنه لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها . وفى ضوء ذلك ، نقول بأن ما نصت عليه المادة ٤٩/ ٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا بشأن الحكم ينصرف إلى تاريخ العمل بالحكم الصادر بعدم

الدستورية . أما نطاق سريانه ، فإن له شأنا آخر، عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا فى قضائها المستقر وهو الأثر «الرجعى» أى الأثر الكاشف، لكى يمتد إلى جميع الوقائع التى حدثت بعد العمل بالنص المحكوم بعدم دستوريته والسابقة على هذا الحكم[1]. ولا يقلل من هذا النظر ما قيل من أن الفقرة الرابعة من المادة ٤٩ من هذا القانون قد نصت على رجعية الحكم بعدم الدستورية فى المواد الجنائية ، مما لم يكن هناك محل له لو كان المبدأ العام هو رجعية الحكم بعدم الدستورية . فهذا القول غير سديد، لأن ما ورد فى الفقرة الرابعة المذكورة يقضى بأن تعتبر الأحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى النص الجنائى المحكوم بعدم دستوريته كأن لم تكن . فهو نص خاص بسقوط الأحكام القضائية الصادرة بالإدانة بقوة القانون بناء على نص قانونى حكم بعدم دستوريته . فالمحكمة تحاكم النصوص التشريعية فى القوانين واللوائح ولا تحاكم الأعمال التى صدرت ترتيبا على هذه النصوص عندما يحكم بعدم دستوريتها . وتقرير عدم دستورية النص الجنائى لا يؤدى وحده حسب القواعد العامة إلى بطلان الحكم الصادر بالإدانة بناء عليه إلا من خلال إجراءات الطعن المنصوص عليها فى القانون، ما لم يكن هذا الحكم قد حاز قوة الأمر المقضى . لهذا جاءت الفقرة الرابعة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا لعلة خاصة هى سقوط الأحكام التى صدرت بالإدانة استنادا إلى النص الجنائى المحكوم بعدم دستوريته بقوة القانون، أى اعتبارها كأن لم تكن . ونصت على أن يقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه .

ولاشك أن سقوط الأحكام الجنائية الصادرة بالإدانة التى حازت قوة الأمر المقضى بقوة القانون بناء على الحكم بعدم دستورية النص الجنائى جاء تطبيقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، باعتبار أن هذا النص هو سند شرعية الحكم ذاته . ويترتب على سقوطه سقوط سند تنفيذه أيضا . كما يعتبر هذا السقوط تطبيقا لأصل البراءة فى المتهم فى مقام التوازن بينه وبين اعتبارات النظام العام التى تقف وراء احترام قوة وحجية الأمر المقضى .

---

(١) انظر الدكتورة عزيزة حامد الشريف فى تقريرها المقدم إلى المؤتمر العالمى الأول لكلية الحقوق بجامعة حلوان عن دور المحكمة الدستورية العليا فى النظام القانونى المصرى، وعنوانه : أثر الحكم بعدم الدستورية على التشريعات المخالفة، مجلد أعمال المؤتمر طبعة ١٩٩٨ ص ٢١٤ .

١١٨ـ حدود الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية

وفى رأينا أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر حين تقضى بعدم دستورية القانون، مما يترتب عليه عدم نفاذه منذ تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية، يجب أن توازن بين قيم دستورية مختلفة. ومن هذه القيم المصلحة العامة المتمثلة فى الاستقرار القانونى وقدرة الدولة على الاستمرار وأداء مهامها الدستورية. فممارسة الحقوق والحريات لابد أن تتقيد باعتبارات المصلحة العامة والمتمثلة فى النظام العام الدستورى بوصفه شرطا عاما تمارس هذه الحقوق والحريات فى نطاقه.

ويبدو ذلك فى مجموعة الضوابط التى تحكم الأثر الكاشف لأحكام المحكمة الدستورية العليا والتى تتمثل فيما يلى:

١١٩ـ (أولا): المراكز القانونية المستقرة قبل الحكم

جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا أنه (يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى وبانقضاء مدة التقادم). وعلة ذلك أن الحقوق التى تتولد عن القضاء بعدم دستورية النص المطعون فيه لا يمكن وفقا للقواعد العامة أن تنتقص من حقوق أخرى مكتسبة طبقا لقانون لم يحكم بعدم دستوريته، ويتمتع أصحابها بمراكز قانونية لا ينتقص منها الحكم بعدم الدستورية مثل التقادم وقوة الأمر المقضى. ولا يقتصر مصدر المراكز القانونية بناء على قانون لم يحكم بعدم دستوريته على هذين المثالين. فالموظف الفعلى الذى يمارس عمله بناء على قرار إدارى صحيح من حيث الظاهر يكتسب مركزا قانونيا لا يجوز الانتقاص من مركزه أو المساس بالقرارات التى أصدرها بناء على الحكم بعدم دستورية القانون الذى بنى عليه قرار تعيينه.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن الحكم الذى تستقر به المراكز القانونية يجب أن يكون باتًا، وذلك باستنفاذه لطرق الطعن جميعها[1]. وقد قضت محكمة

(١) دستورية عليا فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية (العدد ٤٩) فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٩٦.

النقض بأن قضاء المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص قانونى واجب التطبيق على جميع المنازعات التى تخضع لتطبيق هذا النص القانونى مادام الحكم بعدم دستوريته قد لحق الدعوى قبل أن يصدر فيها حكم بات[1].

وإذا كان اعتبار الحكم باتًا قد تقرر بناء على قانون قُضى بعدم دستوريته، فإن الحكم بعدم الدستورية بقوة أثره الكاشف يجعل الحكم سالف الذكر قابلا للطعن فيه. وتطبيقا لذلك، صدر القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٧ بتنظيم الطعن فى الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم فى المنازعات المنصوص عليها فى المادة ٦ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة، وذلك على أثر صدور حكم من المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة ٥٠ من قانون حماية القيم من العيب[2] فيما يتعلق بإغلاق الطعن فى هذا النوع من الأحكام لإخلالها بمبدأ المساواة أمام القانون. فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٧ على فتح باب الطعن أمام محكمة النقض فى الأحكام النهائية الصادرة من المحكمة العليا للقيم فى المنازعات الخاصة بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة. ونصت المادة الثانية من هذا القانون على فتح ميعاد الطعن فى هذه الأحكام لمدة ستين يوما من تاريخ العمل بهذا القانون.

١٢٠ـ (ثانيا): احترام شرعية الجرائم والعقوبات

نصت المادة ٦٦/ ٢ من الدستور على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ

---

(١) نقض مدنى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٩٦، الطعن رقم ٥٨٢٨ لسنة ٦٢ قضائية، وانظر نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٩٧ فى الطعن رقم ١٤٨٩ لسنة ٦١ قضائية، حيث انتهت محكمة النقض إلى أنه متى أدرك الحكم بعدم دستورية نص قانونى ـ قبل صدور حكم بات، فإن هذا الحكم يطبق على النزاع المطروح عليها. وقارن عكس ذلك نقض ١٣ نوفمبر سنة ١٩٩٧ الطعن رقم ٢٠٠١ لسنة ٦٠ قضائية، حيث قضت محكمة النقض بأن حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص قانونى لا يطبق على المنازعات التى صدر فيها حكم نهائى مطعون عليه بطريق النقض. وفى نفس معنى هذا الحكم نقض مدنى فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٩٨ فى الطعن رقم ٤٠٧٥ سنة ٦٠ قضائية.

(٢) دستورية عليا فى ٥ أغسطس لسنة ١٩٩٥، القضية رقم ٩ لسنة ١٦ قضائية «دستورية».

القانون . ولما كانت شرعية الجرائم والعقوبات تمثل أحد ملامح الشرعيـة الدستورية فى قانون العقوبات ، فإن الحكم الصادر بالإدانـة بالمخالفة لهذه الشرعية لا ينال أية حجية ولـو حاز قـوة الأمـر المقضى ، وذلك لأن اعتبـارات الشرعية الـدستـورية تتفـوق على اعتبارات قوة الأمر المقضى . كل ذلك شريطة أن يصـدر حكم من المحكمة الدستورية العليا يسجل انتهـاك هذه الشرعية الـدستورية . وإعمالا لهذا المنطق القـانونى ، لم تتردد المحكمة الـدستوريـة العليا فى الحكم بعدم دستـورية النص الجنـائى الذى تـراه مخالفا للدستـور رغم تعديلـه أو إلغائه بعـد ذلك . وكذلك الشأن عنـد صدور قـانون أصلح للمتهم ، على أساس أن اتفـاق القانـونين اللاحق والسـابق مع أحكام الـدستور يعتبر شرطا مبدئيا للنظر فى أصلحهما للمتهم[١] .

وقد ثار البحث فيما إذا كان الحكم بعـدم الدستورية قد أصاب نصـا جنائيا لصالح متهم كان قد طبق عليه وصدر تطبيقا له حكم جنائى حاز قوة الأمر المقضى . وقد تردد القضاء الدستورى الإيطـالى فى هذا الشأن مدة طويلة ، فقضى بعضهـا بقبول الدعوى الدستورية وبعدم دستورية النص الجنائى الصادر لمصلحة المتهم تاركا للقضاء العادى مسئوليـة تطبيق آثاره[٢] . وقضت أحكـام حـديثـة على العكس من ذلك بعـدم قبـول الدعـوى الدستوريـة لانعدام المصلحة ، وذلـك على أساس أن القاضى العـادى يلتزم بتطبيق لقـانون الأصلح للمتهم ، فـإذا قضى بعدم دستـورية هـذا القـانون رجعنـا إلى القانون الأسـوأ ، وهو ما لا يجوز تطبيقه على أسـاس أن النص الجنائى الأصلح للمتهم يجب الاستمـرار فى تطبيقه إعمالا لمبـدأ عدم رجعيـة نصوص التجـريم[٣] . وبنـاء على ذلك ، يطبق بأثر مباشر الحكم الصادر بعدم دستورية نص جنائى أصلح للمتهم .

---

(١) دستورية عليا فى ٣ يناير سنة ١٩٩٧ ، القضية رقم ٢٩ سنة ١٨ قضائية «دستورية» ، وانظر دستورية عليا فى ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ ، قاعدة رقم ٤٤ ص ٧١٦ .

(٢) الحكم رقم ١٥٥ سنة ١٩٧٣ ، و ٢٢ لسنة ١٩٧٥ أشار إليها :

Génévois, op. cit., p.190.

(٣) انظر الأحكـام رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ و ٨٥ لسنة ١٩٧٦ و ١٢٢ لسنـة ١٩٧٧ و ٩١ لسنة ١٩٧٩ و ١٤٨ لسنة ١٩٧٣ مشار إليها :

Génévois, op. cit.,

١٢١ـ (ثالثا): الأمن القانونى

من المقرر أن الأصل فى القـوانين الصحة مـا لم يتقرر إلغاؤهـا أو تعديلهـا من الجهة المختصة دستـوريا أو يقضى بعـدم دستورية نصـوصها التشريعيـة بحكم من المحكمة الدستوريـة العليا إن كان لذلك ثمة وجه . وفى هـذه الحالة الأخيرة ينسحب أثر الحكم بحسب الأصل إلى تاريخ مولـد القانون المقضى بعدم دستوريتـه . واستثناءًا من «الأثر الرجعى» لحكم المحكمـة أضافت المحكمة الـدستورية العليـا إلى الحالتين الواردتين فى المذكرة الإباحية بشأن الحقوق المكتسبة وهما الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدور حكم المحكمة بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضـاء مدة التقادم حالة ثالثة تتعلق بالأمن القانونى . وتطبيقا لهذا المبدأ، قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الحكم بعدم دستورية النص التشـريعى الـذى تمت بناء عليه انتخابات مجلس الشعب، وإن كان يلازمه أن يكون المجلس المذكور باطلا منذ انتخابه، إلا أن هذا البطلان لا يستتبع البتة إسقـاط ما أقـره المجلس من قوانين وقرارات ومـا اتخذه من إجـراءات خلال الفترة السابقة وحتى تـاريخ حكمها بعدم الدستورية ونشره فى الجريـدة الرسمية [(١)]. وأكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المبـدأ بالنسبة إلى القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩ بتعديل بعض أحكام القرار بقـانون رقم ١٨٢ سنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحـة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها، باعتباره تشريعا نـافذا لا يبطل ببطلان تكوين المجلس النيابى الذى أقره[(٢)]. فليس من شأن هذا البطلان أن يعدم ما أصدره من تشريعات أو ينال من نفاذها، ما لم تقض المحكمة الدستورية العليـا بعدم دستورية نصوصها التشريعية بناء على وجه آخر غير ما بنى عليه قضاؤها بعدم دستورية النصوص التى انتخب بناء عليها المجلس النيابى[(٣)].

ولاشك أن هـذا القضــاء يتفق مع مقتضيـات الحفـاظ على الأمن القــانونى (La Sécurité Juridique) . فلقـد ذهب القضاء الـدستـورى المقـارن إلى أنه وإن كـانت الرقابة على دستورية القـوانين تهدف أساسا إلى الدفاع عن الدستـور، إلا أنه على الرغم

---

(١) دستورية عليا فى ١٩ مايو سنة ١٩٩٠ سالف الذكر.

(٢) دستورية عليا فى ٥ مارس سنة ١٩٩٤ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٢٠ ص ٢١٣ .

(٣) دستورية عليـا فى ٥ مارس سنة ١٩٩٤ السالف الإشارة إليه، ٣٠ نـوفمبر سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٤٩ فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٩٦ .

من موضوعية النزاع الدستورى، لا يجوز تصوير هذا القضاء وكأنه منفصل عن العالم.
وذهب العميد Escarras فى إيطاليا إلى أن الرقابة التى يمارسها القاضى الدستورى تواجهها مشكلة خطيرة هى كيفية المحافظة على الأمن القانونى، وأنه من أجل التغلب على هذه المشكلة يجب أن يحدد الآثار التى يجب أن تبقى من القانون المقضى بعدم دستوريته وتلك التى يجب إلغاءها، واضعا فى اعتباره ظروف كل حالة على حدة، ومقتضيات اليقين القانونى(La certitude du droit). وقد استخدم فى إيطاليا اصطلاح Horror vacui للإشارة إلى القلق الذى ينتاب القاضى الدستورى من الفراغ القانونى الذى قد يترتب على حكمه، مما يدفعه إلى ممارسة الفن القضائى لوضع حكم أكثر ملاءمة من مجرد الرفض أو البطلان، وذلك حتى لا يؤدى هذا الحكم إلى إحداث اضطراب غير مفيد فى النظام القانونى، أو إلى المساس بالاستقرار الضرورى للمراكز القانونية.

وقد قيل فى هذا الصدد، أن القاضى الدستورى مكلف بأن يحمى القيم الدستورية فى جميع فروع القانون، وأن يتجنب فى ذات الوقت بقدر الإمكان أن يتسبب فى ثقوب سوداء Trous noirs فى النظام القانونى. وقد ساد هذا الاهتمام فى المحكمة الدستورية الإيطالية، فعبر عن ذلك Vezio Crisafulli بأن المحكمة التجأت إلى بعض وسائل التفسير تحت تأثير مقتضيات عملية غير نظرية، من أجل تجنب أن يترتب على أحكام المحكمة حدوث أى فراغ فى النظام القانونى[1]. ولهذا نجد أن هذه المحكمة لا يقتصر دورها على مجرد القضاء بعدم دستورية القانون الذى تتعارض أحكامه مع الدستور، وإنما تهتم بحماية الأمن القانونى. ولهذا فإنه من المقرر أن إعلان عدم الدستورية ـ وفقا للاصطلاح الإيطالى ـ لا يمس العلاقات المنتهية "Rapports épuisés"، أى المحسومة، أى المستقرة أو المراكز القانونية المكتملة "Les situations déja accomplies" كما قال العميد Roubier، الأمر الذى يسمح بتجنب المساس بأحكام حازت قوة الأمر المقضى أو مراكز قانونية مستقرة بصفة نهائية[2]. إلا أنه بقدر ما سمحت به هذه الأحكام من التغلب على مشكلة المراكز القانونية المستقرة، فإن مواجهة

---

(١) Thierry Di Manno, op. cit., p.76.

(٢) انظر فى هذا الشأن: Thierry De Manno, op. cit., p.76.

مـا قد يترتب بـالضرورة من وجود فـراغ قانـونى بسبب إعلان عـدم الدستـورية ، أثـار صعوبات جمة أمـام المحكمة الدستورية الإيطـالية ، مما اضطرهـا إلى اللجوء إلى نوع من الفن القضائى يسمـح لها بأن تحقق بفعالية الـرقابـة الدستـورية دون التضحيـة بالأمن القانونى . ويتمثل هذا الفن القضائى فى وسيلتين :

الأولى: هى التفسير القضـائى الذى يعتبر دعـامـة لمنطوق الحكم ، وذلك إذا كـان النص التشريعى المطعون عليه يحتمل عـدة تفسيرات يؤدى إحداها إلى اعتبـار القاعدة القـانونيـة المرتكزة على هـذا النص مخالفة للـدستور. ففى هـذه الحالة تغّلب المحكمـة التفسير الذى يجعل القـاعدة القـانونية المذكـورة متفقة مع الـدستور، للحـد من الآثار السلبيـة التى تنجم عن إبطـال هذه القـاعـدة . وفى هذا المعنى أكـد Branca الرئيس السابق للمحكمة الدستورية الإيطالية أن أحد الأسباب التى دفعت المحكمة إلى الإبقاء على القانون بدلا من إسقاطه هو الشعـور بأن إلغاء هذا القانون يؤدى إلى إحداث ثقب فى النظام القـانونى بحيث يتطلب الأمـر الحفاظ على النظام القـانونى من عيـوب عدم الدستورية بنوع من الجرأة أو السخاء[1].

الثانية: تخويل المحكمة الدستورية رخصة إيقـاف آثار حكمها بعدم الدستورية فى حـالات استثنـائيـة ، ولمدة محددة ، حتى تعطى الفرصـة للمشرع لتفـادى عيب عـدم الدستورية ، ولتلافى أى اضطراب مباشر يحدق بالعلاقات القانونية القائمة[2].

وفى هذا المعنى ، أكد Bomifacio الرئيس السابق للمحكمة الـدستورية الإيطالية أن البـلاد سـوف تتعرض لخطـر لا يمكن إصـلاحـه إذا استمـرت المحكمة فى مـزاولـة اختصاصهـا دون أن تلجأ إلى نوع من منطوق عدم الـدستورية القـابل للتطبيق المباشر، وصممت على الإبطال الشامل الـذى ينشأ عنه فراغ تشريعى[3]. وقد لوحظ أن اهتمام المحكمة الدستـورية الإيطالية بـالحد من آثار حكمها بعدم الـدستورية التى يمكن أن تمس الأمن القانونى ، قد بدأ بعد حـوالى عام ١٩٧٠ بعد أن انتهت المحكمة الدستورية من التخلص من التشريعات الفـاشية التى ظلت مطبقـة فى إيطاليا بعـد أخذ إيطـاليا

(١) انظر: Thierry Di Manno, op. cit., p.77.

(٢) هذا مـا أشار إليه الـرئيس السابق للمحكمـة الدستوريـة الإيطالية فى مـؤتمر صحفى فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٧٢ . مشارا إليه فى : Thierry Di Manno, op. cit., p.77.

(٣) قال بذلك فى مؤتمر صحفى فى ٣٠ يناير سنة ١٩٧٥ . مشار إليه فى : Thierry Di Manno, op. cit., p.78.

بالنظام الجمهوري(١)، والتى بدت متناقضة مع الدستور الجمهوري الإيطالى الصادر سنة ١٩٤٧ ، وخاصة قسمه الأول الذى خصص لضمان الحقوق والحريات، ذلك أن عدم التفات المحكمة الدستورية لهذه الحقيقة كان من شأنه أن يؤدى إلى نوع من الاضطراب القانونى(٢).

وقد لاحظ جانب من الفقه الإيطالى، أن هذا التقليد لا يتفق مع حكم الدستور الإيطالى (المادة ١٣٦) التى لا تستطيع المحكمة الدستورية تعديله أو توسيع نطاقه أو تضييقه، ما لم يتم تعديل دستورى بهذا المعنى(٣). ولهذا نادى البعض بأنه يمكن تحديد مهلة بين لحظة صدور حكم المحكمة، ونقطة البدء فى إعمال آثار بطلان هذا الحكم، بوسائل مختلفة، منها تأخير نشر الحكم الصادر بعدم الدستورية ، وقد لوحظ فى السنوات الأخيرة أن المحكمة الدستورية الإيطالية فضلت الحكم برفض الدعوى، أو وضع شروط على الحجية المطلقة للحكم. كما لجأت المحكمة فى بعض الأحوال إلى تنبيه المشرع إلى ما يشوب النص المطعون عليه من عيوب وكيفية معالجتها. مثال ذلك أنه بعد فترة طويلة من تنبيه المحكمة المشرع إلى ملاحظاتها على صيغة اليمين التى يؤديها الشهود دون أن يتحرك البرلمان لتفادى هذه الملاحظات؛ قضت المحكمة بأن هذه الصيغة التى تتضمن قسما بالله، لا تنطبق على غير المؤمنين "Non croyants"(٤). ومن الأمثلة القضائية المشهورة فى هذا الصدد ما قضت به المحكمة الدستورية الإيطالية من عدم دستورية (٥) امتداد عقود إيجار المبانى المستخدمة لغير أغراض السكنى، وذلك على أثر ما نبهت إليه المحكمة المشرع سنة ١٩٨٤ إلى عدم اللجوء إلى مثل هذه الحيلة. ومثال ذلك أيضا، أن المحكمة سنة ١٩٨٦ نبهت المشرع إلى عدم إمكان مد العمل مرة أخرى بالنصوص الحالية التى تستبعد العلانية فى القضايا الضريبية، وأن تدخله يعتبر أمرا لازما لتفادى نتائج جسيمة تترتب على هذا العيب. ورغم قلة هذا

---

(١) انظر فى ذلك: Thierry Di Manno, op. cit., p.78,79.

(٢) تجدر الإشارة أنه عند وضع الدستور الإيطالى اقترح Costatantino Mortani أن النصوص المقضى بعدم دستوريتها توقف آثارها لمدة تسمح للمشرع بأن يضع بدلا منها النصوص اللازمة والمتفقة مع الدستور، إلا أن هذا النص لم يوافق عليه .

Thierry Di Manno, op. cit., p.80.

(٣) انظر: Génevois, op. cit., p.191.

وقد أشار إلى: Oriazo, Lavagna

(٤) انظر الحكم رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٩ مشارا إليه فى تقرير: Genevois, op. cit., p.192.

(٥) انظر الحكم رقم ١٠٨ لسنة ١٩٨٦ فى تقرير: Génevois, op. cit., p.191.

النوع من الأحكام الذى يقتصر على تنبيه المشرع، فقد لاحظ جانب من الفقه ما يشوب الأحكام الصادرة بهذا المعنى من تناقض بين ما يظهر من عدم دستورية النصوص المطعون عليها وبين منطوق قضائها[1]. ومع ذلك، فلم يقلل الفقه من أهمية هذا النوع من الأحكام التى من شأنها أن تعالج المحكمة من تلقاء نفسها بعض المسائل الدستورية التى تلاحظها عند تسبيب الحكم برفض الدعوى، وذلك حتى يعالج المشرع مشكلات جسيمة تستحق الحسم[2].

وقد واجهت المحكمة الدستورية الألمانية هذه المشكلة، فعملت على تفادى ما أسمته بحدوث فراغ تشريعى يصل بالبلاد إلى مرحلة الفوضى التى تهدد الحقوق والحريات وتزعزع الاستقرار فى البلاد وتهز أمنه القانونى. وبناء على ذلك، فعلى الرغم من أن القانون الألمانى لا يخول هذه المحكمة سوى سلطة إبطال التشريع غير الدستورى، إلا أن المحكمة استحدثت نوعا ثانيا من الأحكام يقضى بإعلان عدم دستورية التشريع دون القضاء ببطلانه. وقد مارست المحكمة هذا التقليد القضائى دون سند تشريعى، مما دفع المشرع إلى تقنينه سنة ١٩٧٠ بتعديل قانون المحكمة الدستورية الألمانية (المادة ٣١/ ٢ و٣ والمادة ٧٩) دون أن يحدد هذا التعديل الأحوال التى تقتصر فيها المحكمة على الحكم بإعلان عدم دستورية التشريع دون إبطاله ودون تحديد آثار هذا الحكم. إلا أن المحكمة الدستورية ميزت بين آثار الحكم بالبطلان، والحكم بعدم الدستورية؛ فجعلت الحكم الأول كاشفا لعدم صحة التشريع منذ ولادته، وجعلت الحكم الثانى منشئا لإلغاء النص غير الدستورى من يوم صدور هذا الحكم[3]. وقد سنحت الفرصة للمحكمة الدستورية الألمانية أن تقتصر على الحكم بإعلان عدم الدستورية دون الحكم بالبطلان فى عدة مناسبات، منها قانون ضريبى قضت بعدم دستوريته بسبب إخلاله بمبدأ المساواة، فرأت المحكمة أن إبطال التشريع منذ صدوره سوف يؤدى إلى نتائج وخيمة تلحق بالدولة، وكذلك الشأن بالنسبة إلى قانون يتعلق بتحديد مرتبات الموظفين لما رأته المحكمة من أن إبطال هذا القانون سوف يؤدى إلى استحالة تقاضى الموظفين مرتباتهم بصفة مؤقتة إلى حين صدور قانون جديد. وكذلك الشأن بالنسبة إلى قانون التعليم العالى فيما يتعلق بتعريف أساتذة التعليم

---

(١) انظر الحكم رقم ٢١٢ لسنة ١٩٨٦ مشارا إليها فى : Genevois, op. cit., p.192.

(٢) انظر الموضوع فى تقرير: Genevois, op. cit., p.192.

(٣) وقد سارت على ذلك أيضا المحكمة الدستورية الأسبانية. انظر ما تقدم بند ١١٥ .

العالى، فقد رأت المحكمة أن الأثر الرجعى سوف يؤدى إلى نتائج خطيرة، وأنه من الأفضل ترك الأمر للمشرع لكى يحدد كيفية تفادى عيب عدم الدستورية. وكذلك الشأن بالنسبة إلى قانون يتعلق بقبول الطلاب فى الجامعات دون تحديد معايير قبولهم، فقد رأت المحكمة أن الحكم ببطلان هذا القانون «بأثر رجعى» أى منذ العمل به سوف يؤدى إلى تقييد قبول الطلاب بغير رخصة من المشرع، وهى نتيجة لا يقرها النظام الدستورى[(١)].

وقد جرت بعض أحكام المحكمة المذكورة على إرجاء الأثر المباشر لحكمها بعدم الدستورية (ذى الأثر المنشئ) خلال مهلة معينة مع دعوة المشرع لإحداث التعديل التشريعى الذى يجعل النص المطعون عليه متفقا مع أحكام الدستور خلال هذه المهلة[(٢)]. ويلاحظ أيضا أن المحكمة الألمانية قد عنيت فى هذه الأحوال بالعمل على تحقيق ما أسمته بالاستقرار القانونى المترتب على القانون الباطل بسبب مخالفته للدستور[(٣)].

ومن ناحية أخرى، فكما بينا من قبل ـ لجأت المحكمة الدستورية البرتغالية إلى الحد من الأثر الكاشف لحكمها فى بعض الأحوال، وذلك بتأجيل ترتيب آثار الحكم بعدم الدستورية ـ كلها أو بعضها ـ فى أحوال معينة، أو باستبعاد الأثر الكاشف «الرجعى» للحكم[(٤)].

وفى هذا السياق أيضا، فإن المحكمة الدستورية النمساوية رغم أخذها بالطبيعة المنشئة للحكم بعدم الدستورية والتى تؤدى إلى ترتيب أثر مباشر على ما يقع بعده من وقائع قانونية، فإنها جرت فى بعض الأحوال إلى تأجيل ترتيب هذا الأثر خلال مهلة معينة لتفادى الفراغ القانونى الذى ينشأ بسبب إبطال النص المطعون عليه[(٥)]. وهذا ما جرى عليه الدستور البولندى الصادر سنة ١٩٩٧ كما بينا من قبل[(٦)].

ويبين مما تقدم، أن العمل على الحفاظ على الأمن القانونى والحيلولة دون حدوث

---

(١) انظر: Klaus Schaich, op. cit., p.141,142.

(٢) انظر ما تقدم: W.Zeidler, p.51.

(٣) انظر: Klaus Schaich, op. cit., p.141.

(٤) Almeida, op. cit., p.217.

(٥) انظر الموضوع فى تقرير: Genevois, op. cit., p.192.
Charles Eisenmann, op. cit., p.226.

(٦) انظر ما تقدم بند ١٠٦.

أى فـراغ تشريعى أصبح من الأعمال التى ينطـوى عليهـا النشاط القضـائى للمحـاكم الدسـتـورية فى أوروبـا ، ويمثل عـلامة بـارزة للممارسة المسئـولة لـوظيفتها القضـائية . يستـوى فى ذلك أن تكون آثـار أحكـام المحكمة منسحبـة على الماضى بحكم طبيعتهـا الكاشفة أو منشئة بالنسبة إلى المستقبل .

وواقع الأمر، أن التقليـد القضائى الـدستورى بمـراعاة اعتبـارات الأمن والاستقرار القانـونى على النحو المتقدم ، يأتـى فى مجال الموازنة بين الحقوق والحريـات فيما بينها من ناحية وبينها وبين المصلحة العامة من نـاحية أخرى . فهذه الموازنة تتطلب ضبطا دقيقا لنطاق الحمايـة الدستوريـة حتى تحقق هدفها المرسوم فى إطـار النظام العام الـدستورى الذى لا يقوم إلا بهذا التوازن الذى ينهض به نظام الحماية الدستورية . وبناء على ذلك ، فإن مراعاة الأمن القـانونى فى النصوص التشريعية أدى إلى مبدأ عـدم رجعية النصوص الجنـائية ، كما أدى إلى عـدم دستوريـة النص الذى يفـرض ضريبة بأثـر رجعى دون أن تقتضى المصلحة العامة ذلك لأنه يضر بالأمن القانونى للممولين[١]، وكذلك إذا كانت هذه الضريبة قد تعذر على المكلفين بأدائها تـوقعها وباغتتهم بها السلطة التى فرضتها ، مما يتنافى مع العدالة الاجتماعية[٢]، وهو ما يعتبر من ضروب الإخلال بالأمن القانونى .

١٢٢ ـ القرار بقانون رقم ١٦٨ سنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا

جاء القـرار بقانـون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعـديل الفقرة الثالثـة من المادة ٤٩ من قانـون المحكمة الدستوريـة العليا ، فاستبـدل بنص هذه الفقرة نصا جـديدا يقضى بما يلى : «ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص فى قانـون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليـوم التـالى لنشر الحكم مـا لم يحدد الحكم لـذلك تـاريخا آخـر، على أن الحكم بعـدم دستوريـة نص ضريبى لا يكون له فى جميع الأحوال إلا أثر مبـاشر، وذلك دون إخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص» .

وقد أكـدت المذكرة الإيضاحيـة لهذا القرار بقانون ، أن قضـاء المحكمة الدسـتـورية

---

(١) انظر قرار المجلس الدستورى الفرنسى : 95-404 Dc du 18 décembre 1998, Annuaire International de justice constit., 1998, pp. 781, 782.

(٢) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية ، العدد ٢٨ ففى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨ .

العليا قد جرى فى مجال تفسيرها لنص المادة ٤٩ من قانونها ـ على أن الحكم الذى تصدره بعدم دستورية نص تشريعى يكون له أثر يمتد إلى الماضى برجعية تحكم الروابط السابقة على صدور الحكم كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة . كما أكده القرار بقانون سالف الذكر حين عنى صراحة على سبيل الاستثناء بتقرير أثر مباشر للحكم بعدم دستورية نص ضريبى ، مما يكشف عن أن القاعدة العامة هى الأثر الذى يمتد إلى الماضى كنتيجة للطبيعة الكاشفة للحكم بعدم الدستورية .

وقد استحدث هذا القرار بقانونين أمرين :

١٢٣ ـ (أولهما): إعطاء رخصة للمحكمة لتحديد تاريخ آخر لعدم جواز تطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته

فسرت المذكرة الإيضاحية هذا النص بأنه يعنى تخويل المحكمة سلطة تقرير أثر منشئ «لا يمتد إلى الماضى» لحكمها على ضوء الظروف الخاصة التى تتصل ببعض الدعاوى الدستورية التى تنظرها بمراعاة العناصر المحيطة بها ، وقدر الخطورة التى تلازمها .

وبذلك أفسح هذا النص للمحكمة الدستورية العليا فرصة لتقدير الظروف والملابسات التى تحيط بتطبيق النص المحكوم بعدم دستوريته ، وإقامة توازن دقيق بين النتائج القانونية للأثر الكاشف لعدم الدستورية ومقتضيات الحفاظ على الاستقرار أو الأمن القانونى وغير ذلك من اعتبارات المصلحة العامة . وقد أشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع القرار بالقانون حين ألمحت إلى ما استهدفه القرار بقانون من علاج مشكلات الإطلاق فى تطبيق الأثر الكاشف وما يقتضيه الأمر من تحقيق الموازنة بين متطلبات الشرعية الدستورية واعتبارات استقرار المراكز القانونية فى المجتمع ، والحفاظ على أمنه اجتماعيا واقتصاديا ، وهى أمور يرتبط كل منها بالآخر برابطة وثقى .

ويتفق هذا النص مع ما جرت عليه المحكمة الدستورية فى كل من ألمانيا وإيطاليا والبرتغال[1]. ويلاحظ أن استخدام عبارة (ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر) لا يقتضى حتما حصر الرخصة الممنوحة للمحكمة فى ترتيب الأثر المباشر للحكم ، بل يمتد إلى إعطاء مهلة معينة تقدرها المحكمة ويترتب بعدها أثر الحكم . فقد تكون هذه

---

(١) انظر ما تقدم بند١١٥ .

المهلة لازمة لكى ترتب الحكومة أوضاعها فى ضوء هذا الأثر، أو لكى يعطى للسلطة التشريعية أجلا لتعديل النص فى ضوء حكم المحكمة الدستورية العليا. فإذا انقضت المهلة التى تحددها المحكمة، رتب الحكم أثره اعتبارا من اليوم التالى لانقضاء هذه المهلة.

ويجب على المحكمة إذا رأت إعطاء مهلة لترتيب أثر الحكم أن تحدد فى حكمها ما إذا كان الحكم ينتج أثره بطريق مباشر بعد انقضاء هذه المهلة، أم أن آثاره تنسحب على الماضى بحسب الأصل، فى هذه الحالة الأخيرة تكون فائدة هذه المهلة هى تمكين المشرع من معالجة نتائج هذا الحكم، أو تمكين المراكز القانونية السابقة على الحكم من اكتساب حجيتها واستقرارها الباث طبقا للقانون.

١٢٤ـ (ثانيهما): ترتيب الأثر المباشر للحكم بعدم دستورية نص ضريبى

استهدف المشرع بهذا النص الخروج عن القواعد العامة فى الأثر الكاشف للحكم بعدم الدستورية فى نوع معين من القضايا التى قد يترتب على تنفيذ هذا الحكم بشأنها بأثر رجعى ورد الضرائب المفروضة بغير حق إلى الممولين الذين سددوها، المساس بالخزانة العامة على نحو مؤثر فى المصلحة الاقتصادية للبلاد.

وقد عبرت المذكرة الإيضاحية عن هذاالمعنى بقولها: «إن إبطال المحكمة لضريبة بأثر رجعى مؤداه أن ترد حصيلتها التى أنفقتها فى مجال تغطية أعبائها ـ إلى الذين دفعوها من قبل ـ بما يعجزها عن مواصلة تنفيذ خططها فى التنمية، ويعوقها عن تطوير أوضاع مجتمعها، ويحملها على فرض ضرائب جديدة لسد العجز فى موازنتها، وتلك جميعها آثار خطيرة». وقد رأينا كيف أن المحكمة الدستورية الألمانية قد اتخذت هذا المسلك خروجا على القاعدة العامة وفقا للقانون الألمانى وهو الأثر الكاشف (الرجعى) لأحكامها. وإذا كان الأمر متروكا فى القضاء الدستورى الألمانى لتقدير المحكمة، فإنه قد أصبح فى القانون المصرى قاعدة ملزمة عبر المشرع فى فرضها عن رؤيته فى التوازن بين الحقوق والحريات من ناحية، والمصلحة العامة من ناحية أخرى. ولا يقتصر الأمر عند هذا المدلول القانونى، بل إنه يكشف عن تأكيد المشرع لأهمية الموازنة بين الحقوق والحريات، والمصلحة العامة كمبدأ عام باعتبار أن هذه الموازنة تمثل فى ذاتها نظام الحماية الدستورية للحقوق والحريات. وهو ما يتضح حين أعطى القرار بقانون للمحكمة الدستورية رخصة تحديد تاريخ آخر لترتيب آثار الحكم بعدم الدستورية غير التاريخ الذى تفرضه الطبيعة الكاشفة للحكم بعدم الدستورية.

فمن خلال استخدام هذه الرخصة تعمل على تحقيق التوازن الدستورى بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة، وذلك باعتبار أن نظام الحماية الدستورية قائم على هذا التوازن. وهى إذ تجرى هذا التوازن تباشر صميم وظيفتها الدستورية فى سبيل تطبيق الدستور. وقد رأينا من قبل، كيف أن الدستور البولندى الصادر سنة ١٩٩٧ الذى أخذ بالأثر المنشئ لأحكام المحكمة الدستورية قد أجاز للمحكمة تحديد تاريخ آخر لانقضاء قوة النص المحكوم بعدم دستوريته، وكيف أن قانون المحكمة الدستورية الصادر فى أغسطس سنة ١٩٩٧ بناء على هذا الدستور قد نص على أنه عندما يترتب على الحكم أعباء مالية لم ينص عليها قانون الموازنة، تحدد المحكمة تاريخ انقضاء القوة الملزمة للنص المحكوم بعدم دستوريته، وذلك بعد أخذ رأى مجلس الوزراء[١].

ولا يفوتنا أن نؤكد مرة أخرى أن هذا الاستثناء يؤكد بمفهوم المخالفة ما اتجهت إليه المحكمة الدستورية العليا فى مصر كقاعدة عامة فى قضاء ثابت مطرد من ترتيب الأثر الكاشف «الرجعى» للأحكام الصادرة بعدم الدستورية.

وغنى عن البيان، أن النصوص الضريبية هى التى تتعلق بالضرائب بالمعنى الدقيق دون الرسوم، دون إخلال بسلطة المحكمة التقديرية فى ترتيب الأثر المباشر للحكم الصادر بعدم الدستورية فى القضايا المتعلقة بالرسوم. وبالتالى، فإن الأثر المباشر للحكم بعدم الدستورية فى القضايا الضريبية يترتب وجوبيا بقوة القانون دون حاجة إلى النص عليه فى منطوق الحكم، بينما يترتب فى غيرها من القضايا أيا كان نوعها جوازيا فى حدود السلطة التقديرية للمحكمة، وبحكم واضح صريح منها.

ويسرى الأثر المباشر على المواد المرتبطة بالمادة المطعون عليها فى القانون الضريبى، طالما كانت تطبيقاتها تنحصر فى المسائل الضريبية وحدها[٢].

وليس فى ترتيب الأثر المباشر فى القضايا الضريبية بقوة القانون أى مساس بمبدأ المساواة، نظرا لاختلاف هذا النوع من القضايا عن غيرها فى طبيعتها وآثارها، ولأن هذا الاستثناء تحكمه قواعد موضوعية تتفق مع الهدف من قانون المحكمة الدستورية، وهو تأكيد سيادة الدستور الذى يحمى الحقوق والحريات بالتوازن مع حماية المصلحة العامة.

---

(١) انظر بند ١٠٩ فيما سبق.

(٢) انظر مثالا لذلك، دستورية عليا فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية (العدد ٥٠ تابع) فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٩٨.

وحسما لأى خلاف فى شأن ما إذا كان الأثر المباشر للأحكام الصادرة ببطلان نص ضريبى ينسحب إلى ذى المصلحة فى الدعوى الدستورية أم تنحسر عنه، فقد نص القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ على استفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم دستورية هذا النص. ويستوى بطبيعة الحال، أن تكون المسألة الدستورية قد أثيرت عن طريق الدفع أمام المحكمة العادية أو عن طريق الإحالة منها من تلقاء نفسها أو من خلال تصدى المحكمة الدستورية العليا من تلقاء ذاتها، فكما عبرت المذكرة الإيضاحية للقرار بقانون سالف الذكر، فإن الفائدة العملية للخصومة الدستورية يتعين أن يجنيها كل ذى شأن فيها من أطرافها.

وننبه إلى أن ترتيب الأثر المباشر للحكم بناء على القرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا فى الحدود التى نصت عليها هذه الفقرة، لا يترتب عليه المساس بالفقرة الرابعة من هذه المادة بشأن اعتبار الأحكام الجنائية بالإدانة استنادًا إلى النص المحكوم بعدم دستوريته، كأن لم تكن. كما أنه إذا قضى بالأثر المباشر للحكم بعدم دستورية النص المطعون عليه، وكان هذا النص شرطا لتطبيق نص جنائى، (كما هو الحال بالنسبة لنص ضريبى يكون النص الجنائى المتعلق بالضريبة مبنيا عليه) فإن الحكم بعدم الدستورية يؤدى إلى إفراغ النص الجنائى من مضمونه، فينطبق بأثر رجعى بوصفه قانونا أصلح للمتهم فى ضوء تغير معناه. مثال ذلك، النص الذى يعاقب على التهرب الضريبى إذا قضى بعدم دستورية النصوص المتعلقة بالضريبة. وأساس ذلك أن إلغاء النصوص المتعلقة بالضريبة يؤدى تبعًا لذلك إلى إلغاء الركن المادى لجريمة التهريب الضريبى. فالنصوص تدرك بمعانيها لا بمبانيها. والمعانى هى التى تحدد مدلول القاعدة القانونية داخل النص القانونى.

---

(١) وقد ثار البحث عما إذا كانت هذه الاستفادة تقتصر على الدعوى الموضوعية التى كانت محلا للطعن الدستورى، أم تشمل كل المنازعات المنظورة أمامها بشأن النص الذى قضى بعدم دستوريته. وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية على اختيار الحل الأخير منذ سنة ١٩٤٨.

Sylvie Peyrou - Pistouley; La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche, Paris Economic, coll 1993, p. 354.

الجـزء الثـــانى

الضمانات الدستورية للحقوق والحريات في المواد الجنائية

(القانـون الدستـورى الجنائى)

١٢٥ـ فكرة عامة

بينا فى الجزء الأول من هذا الكتاب الأسس العامة للحماية الدستورية للحقوق والحريات . وأوضحنا أن هذه الحماية الدستورية تتطلب التوازن بين القيم الدستورية لهذه الحقوق والحريات من ناحية ، والقيم الدستورية للمصلحة العامة من ناحية أخرى . ويتحمل المشرع مسئولية توفير ضمانات هذه الحماية الدستورية من خلال هذا التوازن ، وذلك تحت رقابة القضاء الدستورى .

ولما كان القانون الجنائى بفرعيه (قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية) يتولى حماية الحقوق والحريات من المساس بها سواء من خلال التجريم والعقاب ، أو من خلال ضمان أن الأصل فى البراءة وتوفير الضمان القضائى وتمكين المتهم من محاكمة منصفة أمام القضاء ؛ وكان هذا القانون فى ذات الوقت يهتم بحماية مصالح المجتمع التى تتعرض للخطر أو الضرر بسبب ما يصيبها من أعمال تمس حقوق الأفراد وحرياتهم وكذا حسن سير الحياة الاجتماعية ؛ فإن التوازن الدقيق بين اعتبارات حماية المصلحة العامة واعتبارات حماية الحقوق والحريات تلقى مجالها الخصب فى هذا القانون . لذلك رأينا تطبيقا للأسس العامة للحماية الدستورية للحقوق والحريات أن نبحث نطاق هذه الحماية فى كل من قانونى العقوبات والإجراءات الجنائية . وسوف نستعرض فى باب تمهيدى علاقة القانون الجنائى بالحقوق والحريات ، ثم نبين بعد ذلك ركائز الشرعية الدستورية التى يعتمد عليها كل من القانونين . وننوه إلى أن هناك ركيزة مشتركة هى الشرعية الجنائية (بشأن الجرائم والعقوبات والإجراءات)سوف نبحثها عند دراسة ضمانات الحماية الدستوية فى قانون العقوبات .

وتهدف الدراسة فى هذا الجزء إلى إلقاء الضوء على هذه الزاوية التى ظلت إلى حد كبير بعيدة عن دائرة الضوء فى قانون العقوبات والإجراءات الجنائية ؛ وذلك ببحث مجال لم ينل عناية كبيرة من الفقه الدستورى وإن كان قد حظى باهتمام المحكمة الدستورية العليا ، فقدمت حصيلة فائقة من المبادئ الدستورية فى هذا الشأن . وقد أسهمت هذه المبادئ فى تكوين القانون الجنائى ، فلم تصبح مجرد جزء من القانون الدستورى بل تجاوزت هذا النطاق لكى تتعداه إلى القانون الجنائى ذاته . وبالإضافة إلى ذلك ، فقد قال الفيلسوف هيجل «إن القانون الذى يتخذ وجوده فى شكل التشريعات الوضعية ، يبدو مضمونه من خلال التطبيق» . وقد أثر الدستور فى كل من وجود

التشريع وتطبيقه، لأن مبادئه وقواعده الدستورية وإن خاطبت المشرع إلا أن بعض قواعده الدستورية تخاطب الجهات المكلفة بتطبيقه. وقد لوحظ أن القانون الجنائى بفرعيه (العقوبات والإجراءات) يذخر بكثير من الدراسات التى تناولت مفاهيمه، وعالجت موضوعاته تحت تأثير نظريات مختلفة ترتد إما إلى نظرة مادية بحتة ترتكز على السلوك الإجرامى ذات النشاط الخارجى أو تنبعث من نظرة نفسية ترتكز على شخص المجرم، أو تنبعث من نظرة تجريدية يحكمها الفن القانونى المجرد. كما تمت المعالجة فى ضوء طبيعة العلاقة بين الفرد والدولة تحت تأثير مختلف النظم السياسية. وقد وضعت المبادئ والقواعد الدستورية حدا لكثير من النظريات والاتجاهات التى تحكمت فى مضمون قواعد القانون الجنائى، لكى تجعلها أكثر انضباطا مع الإرادة العامة للشعب المتمثلة فى الدستور.

ونستهدف من هذه الدراسة أن ترتبط دراسة القانون الجنائى بالشرعية الدستورية، تأكيدا لوحدة النظام القانونى الذى يحكمه دستور واحد. ومن خلال هذا الارتباط نلقى الضوء على جوانب جديدة فى هذا القانون تربطه بسائر فروع القانون، فلا يكون هائما بعيدا عنها، بل مرتبطا معها بحكم موقعه فى النظام القانونى الذى يقف الدستور على قمته. ومن ناحية أخرى، فإن كلا من قانونى العقوبات والإجراءات فى ظل الديمقراطية وسيادة القانون التى أكدها الدستور ليسا أداة للقهر أو التحكم، وإنما يجب أن يرتكزا على أساس من الدستور الذى يعد حماية للحقوق والحريات [1].

ومن ناحية أخرى، فإن الدستور يحمى الحقوق والحريات، ويأتى المشرع ليوفر الضمانات الكافية لهذه الحماية. ويتدخل القاضى لتأمين هذه الحماية والمحافظة عليها. ولما كان أخطر ما يهدد الحقوق والحريات يبدو فى المواد الجنائية، فإننا سوف نفرد هذا الجزء الثانى من هذا الكتاب لتطبيقات الحماية الدستورية للحقوق والحريات فى كل من التجريم والعقاب، والإجراءات الجنائية، متمثلا فى القانون الدستورى الجنائى.

وإذا كان هذا الجزء محض تطبيق للأسس العامة للحماية الدستورية للحقوق والحريات، إلا أنه فى الحقيقة يعبر عن مضمون القانون الدستورى الجنائى لكى نفتح المجال للبحث العلمى فى هذا المجال.

---

(١) انظر فى الموضوع: Favoreu; la constituionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, Vers un droit constituionnel pénal, Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Edition cujas, 1989, p. 169 - 211.

بـاب تمهيدى

الشرعية الدستورية
فى قانونى العقوبات والإجراءات الجنائية

الفصـل الأول
التوازن بين الحقوق والحريات
فى القانون الجنائى

١٢٦ـ دور القانـون الجنائى فى إحداث التوازن بين الحقـوق والحريات، والمصلحة العامة

يهدف القانـون الجنائى بفرعيه (قـانون العقوبـات، وقانون الإجراءات الجنـائية) إلى حماية المصـالح الاجتماعية سـواء كانت من المصـالح العامـة التى تمس كيان الـدولة أو المجتمع، أو من الحقوق والحريات والمصالح الخاصة التى تتعلق بالأفراد.

ويتميز هـذا القانون بأن قـواعده تتسم بقوة التأثير على السلـوك الاجتماعى. ويبدو ذلك واضحا فى قـانون العقوبات الذى يفـرض أنماطا من السلوك ويرتـب عقوبة على مخالفتها. كما يتجلى هذا المعنى أيضـا فى قانون الإجراءات الجنائية بما ينظمـه من قواعد إجرائية تمس حقوق وحريات المواطنين فى سبيل كشف الحقيقة وإقرار حق سلطة الدولة فى العقاب.

على أن قوة التأثير الـذى تتسم به قواعـد القانون الجنـائى على السلوك الاجتماعى لا تخفى طابعه الحقيقى، وهو حماية المصلحـة الاجتماعية. وتتجلى هذه المصلحة فى قانون العقوبات بما يفرضه من أنماط السلوك المختلفـة لحماية المصالح والقيم الاجتماعية وحماية الحقوق والحريات، بما يفرضه من جزاء قانونى لضمان احترام هذه الأنماط.

وتتوقف فعـالية قانـون العقوبات فى أداء هـذه الوظيفة على معيـارين، هما: مدى حسن تعبيره عن المصالح والقيم الحالية للمجتمع، ومدى تنظيمه للجزاء الجنائى.

أما عن المعيـار الأول، فإن قانون العقوبـات يمر حاليا بأزمـة التكيف مع متطلبات المجتمع، فهو يواجه صدمة التغيرات السريعة التى تمس مصالح المجتمع وقيمه، الأمر الذى يقتضى أن يواجـه القانون بصفة دائمة هـذه التغيرات وأن يداوم على التعايش مع

تطور المجتمع الذى يحيا فيه . وبالنسبة إلى المعيار الثانى ، فإن الجزاء يجب أن يخضع لسياسة جنائية تكفل بوضوح خدمة هذا الجزاء للهدف الاجتماعى من قواعد التجريم ، وحتى يكفل احترام المصالح والقيم الاجتماعية التى تعبر عنها هذه القواعد وحماية الحقوق والحريات التى تنظمها .

وبالنسبة إلى قانون الإجراءات الجنائية ، فإنه يهدف بوجه عام إلى حماية المصلحة الاجتماعية من خلال ما ينظمه من إجراءات لكشف الحقيقة وإقرار سلطة الدولة فى العقاب ، وبواسطة الضمانات التى يقررها حماية لحقوق وحريات المتهم التى تتعرض للخطر من جراء هذه الإجراءات .

ويوازن القانون الجنائى بفرعيه بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة ، فيقر من المصلحتين ما يهم المجتمع ويضمن سيره وفعاليته . ويتوقف تقدير ما يهم المجتمع من المصالح ــ وخاصة الفردية منها ـ على النظام السياسى والاجتماعى والاقتصادى للدولة .

ومن خلال التوازن الذى يقيمه القانون الجنائى بفرعيه بين المصلحة العامة والحقوق والحريات الأساسية ، فإن المشرع الجنائى لا يتوانى عن حماية هذه الحقوق والحريات الأساسية بثلاثة أساليب :

الأول: الحماية الجنائية للحقوق والحريات ، من خلال تجريم أفعال المساس بها والمعاقبة عليها ؛ مثل المساس بالحق فى الحياة الخاصة ، أو على الحق فى الحياة ، أو الحق فى سلامة الجسم ، أو الحق فى الحرية الشخصية ، أو الحق فى الثقة والاعتبار. وتنطوى هذه الحماية الجنائية فى ذات الوقت على حمايته للنظام العام الذى يتأذى من المساس به ، ومن المساس بالحقوق والحريات .

الثانى : أن تتم الحماية الجنائية للحقوق والحريات من خلال التوازن مع ما يتمتع به الغير من حقوق وحريات ؛ فلا يجوز أن تكون هذه الحماية وسيلة للعصف بها ؛ مثل حرية التعبير، وحق نشر الأخبار، وحرية البحث العلمى ، وحق النقد ، وحق مخاطبة السلطات العامة ، وحق الدفاع . فالتوازن بين الحقوق والحريات المحمية يحدد سلطة المشرع الجنائى فى التجريم والعقاب . مثال ذلك أن تجريم المساس بالحق فى الثقة والاعتبار لا يجوز أن يمس حرية التعبير، كما أن تجريم المساس بالحق فى سلامة الجسم

لا يجوز أن يمس الحق فى العلاج. وتجريم المساس بالحق فى الحياة لا يجوز أن يتم بالتضحية بالحق فى حياة شخص آخر أولى بالاعتبار (مما يخوله القانون حق الدفاع الشرعى). وكذلك الشأن فى التوازن بين العقوبة وجسامة الجريمة[1].

كما تكون هذه الحماية فى إطار التوازن مع المصلحة العامة المتمثلة فى النظام العام بجميع جوانبه والذى يتطلب تقييد ممارسة هذه الحقوق والحريات مراعاة للصالح العام وتجريم الخروج عن هذه القيود. ويجب أن يكون ذلك فى حدود الضرورة الاجتماعية التى تتطلب التجريم والعقاب، وبقدر متناسب مع الفعل الصادر الذى يتطلبه.

والثالث: هو ضمان التمتع ببعض الحقوق والحريات، كقيد على الإجراءات الجنائية التى تتخذ لاقتضاء حق الدولة فى العقاب، فإذا تطلب الأمر من سلطة التحقيق القبض على المتهم أو تفتيشه، فلا يجوز أن يتم ذلك بالتضحية بصفة مطلقة بحقة فى الحرية، أو حقه فى سلامة المسكن. كما أن محاكمة المتهم لا يجوز أن تحرمه من حقوق الدفاع، ومن التمتع بحقوق متوازنة مع سلطة الاتهام.

وفى هذا الصدد فإن الصراع دائم بين مقتضيات المصلحة العامة ومتطلبات تمتع الفرد بحقوقه وحرياته [2].

وتدق وظيفة القانون الجنائى أمام التطور الاجتماعى السريع الذى لحق بالمجتمعات الإنسانية خلال القرن التاسع عشر وفى أوائل القرن العشرين، وماصحبهما من تقدم علمى يمكن استخدامه بطريقة تضر بالإنسانية. وقد انعكس هذا التطور فى تحديد نطاق المصالح التى يجب أن يحميها قانون العقوبات، وفى تحديد مدى مشروعية بعض الوسائل التكنولوجية الحديثة فى كشف الحقيقة.

ويؤدى القانون الجنائى وظيفته فى الدولة القانونية فى إطار الشرعية الدستورية على النحو الذى يحدده الدستور؛ فقانون العقوبات يحمى الحقوق التى قررها الدستور

---

(١) انظر ما تقدم بند ٢٨ و ٢٩.

(٢) J. LEAUTÉ; Droit pénal et democratie en " Aspects nouveaux de la penséé juridique, Melanges MARC ANCEL" 1975; pp. 151, 153 et 145.

Seminar on the role of substantive criminal law in the protection of human rights and the purposes and legitimate limits of penal sanction (TOKYO, JAPAN, 10 to 24 May 1960, United Nations, New York 1960).

ويلتزم بالمبادئ التى يقررها فى مجالات التجريم والعقاب والإباحة والمسئولية . كما يلتزم أيضا قانون الإجراءات الجنائية بالمبادئ الدستورية فى الحقوق والحريات العامة .

وفى إطار هذا الالتزام يتحدد دور كل من المشرع الجنائى ، والقاضى الجنائى . فالمشرع يقيم التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة المتمثلة فى النظام العام الجنائى . والقاضى هو الحارس للحقوق والحريات ، ويجب أن يكفل حمايتها فى مواجهة مقتضيات المحاكمة .

١٢٧ـ دور الشرعية الدستورية فى إحداث التوازن المطلوب

إذا كانت الحماية الجنائية للحقوق والحريات ، وحماية النظام العام تتم من خلال التجريم والعقاب وكانت الإجراءات الجنائية تتخذ لتمكين الدولة من اقتضاء سلطتها فى العقاب ، فإن ذلك لا يعنى التضحية بحقوق وحريات الأفراد الذين يتم تجريم أفعالهم والعقاب عليها واتخاذ الإجراءات الجنائية فى مواجهتهم . ومن ناحية أخرى ، إذا كانت الحماية الجنائية للمصلحة العامة تتقرر بحسب الأصل بقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية ، فإن حماية الحقوق والحريات تتقرر بحسب الأصل بالدستور. ومن هنا كانت الشرعية الدستورية هى الضمان الأعلى لهذه الحقوق والحريات . وقد نال هذا الوضع اهتمام مؤتمر الجمعية الدولية لقانون العقوبات فجاء مؤتمرها الثانى عشر المنعقد فى هامبورج سنة ١٩٧٩ فوضع عددا من القواعد التى تعتبر حدا أدنى من ضمانات المتهم ، وجاء مؤتمرها الرابع عشر المنعقد فى فيينا سنة ١٩٨٩ فوضع عددا من القواعد الخاصة بالعلاقة بين تنظيم العدالة الجنائية والإجراءات الجنائية ، وجاء مؤتمرها الخامس عشر المنعقد فى البرازيل سنة ١٩٩٤ فبحث حركات الإصلاح فى الإجراءات الجنائية لحماية حقوق الإنسان .

وفى ضوء الشرعية الدستورية يجب أن يحدث التوازن بين الهدف الأول من وراء التجريم والعقاب ومباشرة الإجراءات الجنائية والمتمثل فى حماية المصلحة العامة ، وهذا الهدف الثانى المتمثل فى ضمان الحقوق والحريات . وبغير هذا التوازن ، يفقد التجريم والعقاب ، والإجراءات الجنائية المصداقية والفاعلية فى الدولة القانونية . ولهذا يجب أن

يتجاوب التجريم والعقاب وكذا مباشرة الإجراءات الجنائية مع مقتضيات حماية الحقوق والحريات في جميع صورها وأشكالها. وبدون هذه الحماية يكون التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية أداة بطش وتحكم، فتفقد الحقوق والحريات معناها وجدواها.

وتتجلى أهمية ضمان الحقوق والحريات في أن النظام العام يقتضي تقييد حرية الفرد من خلال التجريم والعقاب. فالتجريم يمس حرية الفرد في مباشرة أنواع معينة من السلوك لأنه يخضعه لضوابط اجتماعية معينة، هذا بالإضافة إلى العقاب، فإنه يمس الحرية الشخصية للفرد.

وفي هذا الصدد قد يتعرض الفرد لمخاطر التجريم إذا ما تعرض للنوايا أو امتد إلى الحالة النفسية للنشاط الإنساني، أو ظهرت نصوصه غامضة أو غير دقيقة، أو امتد التجريم بأثر رجعي إلى وقائع سابقة على نصوص التجريم، أو تقررت مسئولية الشخص عن جريمة لم يسهم في ارتكابها، أو إذا قضى عليه بعقوبة عن فعل لم يقارفه، أو جاءت العقوبة قاسية أو مهينة، أو غير متناسبة مع جرمه.

ولا يقتصر المساس بالحرية على مخاطر التجريم والعقاب، ولكنه يمتد أيضا إلى النظام الإجرائي الجنائي، وذلك من خلال إجراءات الخصومة الجنائية التي تباشرها الدولة بعد وقوع الجريمة من أجل كشف الحقيقة وإقرار حقها في العقاب، وإجراءات التنفيذ العقابي بعد إقرار حق الدولة في العقاب.

وهكذا يتضح أن النظام الجنائي بأسره (العقابي والإجرائي) يعرض بطبيعته الحريات للخطر، سواء عندما تباشر الدولة سلطتها في التجريم والعقاب أو عند مباشرة الخصومة الجنائية والتنفيذ العقابي. وخشية التحكم في مباشرة هذه السلطات وتجاوزها القدر الضروري للدفاع عن المجتمع، تحتم توفير الضمانات للفرد لحماية حريته من خطر التحكم وتجاوز السلطة. وهذا هو ما يجب أن يتكفل به النظام القانوني من خلال علاقة التناسب التي يحدثها داخل القاعدة القانونية أو بين مختلف القواعد القانونية في النظام القانوني.

ويتوقف هذا التناسب على مدى ما يتمتع به الفرد من حرية. ففي نظر الفكر

التسلطى الذى يعطى للدولة جميع الحقوق والسلطات ويتجاهل قيمة الفرد فى المجتمع لا مجال للحديث عن حرية الفرد. وهذا بخلاف الفكر الحر الذى يعطى للفرد مكانته فى المجتمع ويوجب احترام جوهر حريته.

والواقع من الأمر أن الدولة القانونية بحكم وظيفتها عليها أن تحمى جميع المصالح القانونية، وهى ليست قاصرة على الدولة وحدها بل إنها تشمل أيضا حقوق الفرد، فالحقوق والحريات يجب أن يحميها القانون، ولا يجوز إهدارها بدعوى المحافظة على مصلحة المجتمع، بل يتعين التوفيق بين المصلحتين فى إطار العلاقات الاجتماعية التى تحكم المجتمع. وقد عنى الدستور المصرى ضمانا لحماية الحقوق والحريات بأن ينص فى المادة ٥٧ منه على أن الاعتداء على هذه الحقوق والحريات جريمة لا تسقط دعواها الجنائية ولا المدنية بالتقادم، وأن تكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء.

على أن النظم الديكتاتورية لم تعرف هذه النظرة، فقد أعطت الأولوية لتحقيق مصلحة الدولة وفقًا لنظام ثابت ومستقر. وقد تطلب ذلك التسليم بمبدأ تفوق الدولة عوضا عن مبدأ التناسب، و هو ما لا يمكن إقراره إلا باستعمال القوة أو العنف. ولهذا اهتمت هذه الدولة بإعادة ترتيب نظامها الجنائى الإجرائى من أجل تقوية سلطة الدولة فى المحاكمات الجنائية وتجريد الفرد من ضمانات حريته [1]، فأصبح قانون الإجراءات الجنائية فى هذه النظم أداة للسلطة وليس أداة لتنظيم الحرية الشخصية، فانحرفت به عن طبيعته الأصلية كمنظم للحرية الشخصية [2].

---

(١) جاء فى خطاب أحد زعماء النهضة الإسلامية الهندية الذى قدمه عند محاكمته أمام المحكمة الإنجليزية.
«التاريخ شاهد على أنه كلما طغت القوات الحاكمة ورفعت السلاح فى وجه الحرية والحق، كانت المحاكم آلات مسخرة بأيديها تفتك بها كيف تشاء، وليس هذا بعجيب، فإن المحاكم تملك قوة قضائية، وتلك القوة يمكن استعمالها فى العدل والظلم على السواء؛ فهى فى يد الحكومة العادلة أعظم وسيلة لإقامة العدل والحق، وبيد الحكومات الجائرة أفظع آلة للانتقام والجور ومقاومة الحق والإصلاح. والتاريخ يدلنا على أن قاعات المحاكم كانت مسارح للفظاعة والظلم بعد ميادين القتال، فكما أريقت الدماء البريئة فى ساحات الحروب، حوكمت النفوس الزكية فى إيوانات المحاكم، فشنقت وصلبت وقتلت وألقت فى غياهب السجون».
(ثورة الهند السياسية، خطاب أحد زعماء النهضة الإسلامية الهندية الذى قدمه عند محاكمته للمحكمة الإنجليزية، الطبعة الأولى سنة ١٩٤١هـ، مطبعة المنار بمصر، ص ٢٠).

(٢) أ ـ النظام الفاشى فى إيطاليا
ظهرت الفاشية فى إيطاليا عقب الحرب العالمية الأولى. ويؤمن هذا النظام بأن إرادات الأفراد يجب أن تتجه=

= نحو هـدف أسمى هو عظمة الـدولة . . . فالدولـة ليست مجرد أجهزة إدارية أو سلطـة تحكم الاقتصاد القـومى . وإنما هى سلطـة تعمل على تحقيق إرادتها واحترامهـا فى الـداخل والخارج . والقـانون ـــ فى نظـر الفاشية ـ يأتى من الدولة ويوجد من أجل الدولة . فالدولة وحدها هى التى تعطى لإرادات الأفراد شكلها القانونى وقيمتها الروحية ، ولا تنخضع فى ذاتها لأى مبدأ . وفى ظـل هذا الفكر السياسى استهدف القانون مجرد حماية مصالح الدولة متمثلة فى أجهزتها والحزب وشخصيتيها الخارجية والداخلية وقيمها الروحية وهى الجنس والأسرة .

وفى ضوء النظام الفاشى تأثر التنظيم الإجرائى بمبدأ تفـوق الدولة . فلم يتمتع الفرد بضمانات الحرية ، بل أجيز القبض عليـه بدون أمر قضائى . ولم يستفد المتهم بقـرينة البراءة ، ولم تكفل له ضمانات الـدفاع فلم يتمتع بالحق فى الصمت ، ولم يسمح لـه بالاتصـال بمحاميه إلا بعـد الانتهاء من استجوابـه ، ولم ينظر إلى محاميه بوصفـه وكيلا يحمى الحقوق الشخصية للمتهم ، بل بوصفـه عاملا لصالح الدولـة وأن هذا الوضع سوف يحقق ضمنا المصلحة الشخصية للمتهم .

Donnedieu De Vabres; op, cit., pp. 54 à 59.

ب ـ النظام النازى فى ألمانيا

اتجهت النازية فى ألمانيا إلى اعتناق مبدأ سمو الدولة على الفرد . وقد علل هتلر هذا المبدأ بالميزات التاريخية والجغرافية للـدولة الألمانية وما يتميز به الجنس الألمانى مـن عقلية خاصة . وبينما كان موسـولينى فى إيطاليا الفاشية يرى أن الدولة هى التى تخلق الأمة ، فإن هتلر فى ألمانيا النازية كان يرى أن الشعب هو الجوهر وأن الدولة ليست إلا شكلا خارجيا سطحيا . وعلة هذا الخلاف الأيديولوجى أن أراضى الدولة الإيطالية كانت تتمتع بحدود طبيعية تضمن وحدتها ، بخلاف الأراضى الألمانية فقد كـانت تنقصها هذه الحدود الطبيعية مما جعل هتلر يشعر بضرورة تعميق الوحدة الألمانية فى الشعب والجنس الألمانى . ولهذا حلت فكرة الشعب عند النازية محل فكرة الدولة عند الفاشية . وقيل بأن النازية ترتكز على أساس بيولوجى هو الجنس الألمانى ، بخلاف الفاشية فإنها ترتكز على أساس قانونى هو الدولة .

وقد انعكس الفكر التسلطى على القانون الألمانى ، مما أدى إلى تركيزه على حماية المصالح العامة التى يحميها الشعب ممثلة فى مصالح الجنس الألمانى ، لا بوصفها مصالح مادية وإنما باعتبارها مصالح أدبية أو عقائدية للدولة .

وعندما تسلم النازيـون الحكم فى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٣ حلت السلطة المطلقة محل سيـادة القانون كأساس للدولة . فقد كان هتلر معاديا لفكرة القانون ، فتصرف فى الشئون الداخلية للبلاد بناء على السلطة وحدها ، وكـره المحـامين والمحـاكم ، لأنـه أحس بتمسكهـم بمبـدأ المشروعيـة . وامتـلأت صحف الحزب النـازى بحملات الإثارة ضد بعض أفراد القضاء وضد المحاكم بوجه عام . وفقدت المحاكم استقلالها تحت ضغط الحزب إلى أن أعلن هتلر رسميا إلغاء استقلال القضاء فى خطـاب ملىء بالكراهية ألقاه أمام البرلمان فى ٢٦ إبريل سنة ١٩٤٢ ، ووسع هتلـر من سلطة البوليس ، فأعطاه يدا مطلقة فى العمل ضـد (أعداء الدولة) . ومـارس رجـال البـوليس وسائل التعـذيب لإكـراه المتهمين على الاعتراف . وقبضـوا على المواطنين وزجـوا بالألوف ومئـات الألوف منهم فى المعتقلات بدون محاكمة ، وعلى نحـو لا يمكن الوصول إليهم أو حمايتهم بـواسطـة القضاء ، ونشـط البوليس السرى ضـد المحكـوم ببراءتهم ، بل كـان لا يتـورع عن القبض على المتهمين فى المحكمة نفسهـا بعد سماعهم الحكم ببراءتهم ، ثـم اعتقالهم فترة غير محدودة ومعاملتهـم أثناء الاعتقال أقسى المعاملة .

=

وفى مجال القضاء أنشئت محاكم خاصة للجرائم السياسية تعمل وفقا لإجراءات مختصرة وتصدر أحكاما غير قابلة للطعن. ولكن هتلر لم يرض عن بعض أحكام هذه المحاكم، فأنشأ محاكم بوليسية لبعض الجرائم تقضى وفقا لإجراءات تحكمية.

أما جرائم الخيانة فكانت تنظرها (محاكم الشعب) فى برلين برئاسة (Freisler) وهو شيوعى قديم استعد لتحطيم القانون خدمة لمصالح الحزب، وكانت هذه المحاكم تقضى وفقا لقانون عقوبات بالغ القسوة. كما ألغيت معظم الضمانات الإجرائية بحجة تبسيط الإجراءات الجنائية. وعمد هتلر إلى إلغاء اشتراك القضاة الشعبيين Lay - Judges بقرار من مجلس الدفاع عن الرايخ. وكان هؤلاء القضاة هم الضمان الوحيد لاستقلال القضاء بعد أن ألغى استقلال القضاة المهنيين. كما أصبح من سلطة المحكمة حرية رفض طلبات المتهم لتحقيق دفاعه، حتى لا تتقيد المحكمة بالقواعد الدقيقة التى أرستها المحكمة الفيدرالية العليا. وضيقت طرق الطعن فى الأحكام وألغيت تماما فى المحاكم الخاصة. وأصبح مكتب الادعاء وحده يملك حق الطعن غير العادى فى الأحكام النهائية. ولم يقتصر حد العبث بسيادة القانون على ما وصل إليه من امتهان، بعد تحطيم استقلال القضاء وإلغاء الضمانات، بل تجاوز الأمر ذلك، فألغيت المبادئ القانونية التى كانت تحكم إجراءات المحاكم وذلك بواسطة تدابير أصدرتها الحكومة المتسلطة بهدف إلغاء الحقيقة والعدالة معا، وذلك من تطوير سلطات البوليس التى لم تكن تخضع لأدنى رقابة قضائية، والتوسع فى نقل اختصاص المحاكم من القضاء التقليدى إلى القضاء الاستثنائى متمثلا فى محكمة الشعب ومحاكم البوليس ومحاكم الحزب. ووفقا لما تجرى عليه الدول التسلطية أصبح الموالون للنظام النازى قضاة فى المحاكم العليا أو الدنيا عن طريق اختيارهم وفقا لمصالح الحزب.

وقد أدى هذا الانهيار إلى نتائج مؤسفة فى الإدارة القضائية، فضعفت مقاومة القضاة لمظاهر إنكار العدالة واقتصر الأمر على مقاومة مقنعة مستترة لم يستطع هتلر الوقوف أمامها. وقد كان يتمنى لو ووجه بمقاومة علنية بواسطة عدد كبير من القضاة حتى يجد مبررا فى إلغاء نظام القضاء بأسره وإحلال سلطة البوليس ومحاكم الحزب محله كله لكى يحقق أهدافه السياسية. ولهذا، فإن روح القضاء ظلت باقية خلال أعوام الرعب النازى فى الفترة ما بين ١٩٤٣ ـ ١٩٤٥ وبقيت حية تلك التقاليد القانونية العريقة التى أرساها رجال القانون الألمان منذ عصر النهضة وتطوره فى القرن التاسع عشر.

The German Cod of Criminal procedure, introduction by EBERHAERD SHMIDT (fred B. Rothman and Co, south Hackensack N.J., Sweet and Maxwell limited) London, 1965, p. 9.

جـ ـ النظام الشيوعى

«القانون هو تدبير سياسى، إنه سياسة» بهذه الكلمات بلور لينين فى سنة ١٩١٦ تفكيره عن النظم القانونية. وأصبح على القضاة بعد الثورة الروسية أن يرجعوا إلى هذه الكلمات لتبرير التدابير التى تمليها مشاعرهم حتى ولو لم يوجد نص قانونى يبرر هذه التدابير. وبدأت مرحلة الرعب الأحمر منذ سنة ١٩١٧ وصار القضاة يتصرفون كيفما شاءوا. وعلى أثر الحرب الأهلية سنتى ١٩١٩، ١٩٢٠ أصبح واضحا أن الإصلاح الاقتصادى لا يمكن تحقيقه بدون الأخذ بشكل من الرأسمالية الموجهة. ولذلك بدأ لينين فى استراتيجية التراجع. وكان أحد أجزائها هو التقيد إلى حد كبير بقواعد النظام العام.

JOHNN. HAZARD. ISAAC SHAPIRO and PETTER B. magge; The Soviet legal system = oceana publications, Inc. Dobbs ferry, New York, 1969, pp. 5 and 6.

= ولذلك وضعت هذه القواعد القانونية فى عام ١٩٢٢ والتزم القضاة بالتقيد بها . إلا أن هذا التقيد لم يحل دون منح القضاة سلطة واسعة فى مجال القانون الجنائى وهو القياس على التجريم . ووفقا لذلك ، كان للقاضى الذى يقدر توافر الخطورة الاجتماعية لدى أحد الأشخاص أن يحكم عليه بالعقوبة ولو لم تصدر منه أية مخالفة لنص معين من نصوص قانون العقوبات . وقد وضع فى سنة ١٩٢٣ قانون للإجراءات الجنائية تضمن كثيرا من الأفكار التسلطية . ويبدو ذلك فى إنكار حق الصمت على المتهم ، والسماح باتخاذ الإجراءات الماسة بالحرية سرا ضد المشتبه فى معارضتهم السياسية للنظام ، وحرمان المتهم من ضمانات حريته ومنح رجال الأمن سلطات واسعة فى القبض والتحقيق .

HARLOD J. BERMAN; Soviet criminal law and procedure, 2e edition, Cambridge., Massachusetts, 1972, p. 48.

وقد تم كل ذلك فى إطار ما يسمى بمرحلة الشرعية الثورية . ولم تدخل فكرة (حقوق المتهم) فى التشريع السوفيتى إلا منذ سنة ١٩٥٨ إذ تضمنتها مجموعة المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية ، ثم وردت فى قانون الإجراءات الجنائية الصادر سنة ١٩٦٠ الذى عنى بتحديد هذه الحقوق . وقد لوحظ أن هذا القانون الأخير قد تضمن كثيرا من التفاصيل التى أغفلت الإشارة إليها قوانين دول أوروبا الغربية ، اكتفاء بإيضاحها فى كتب الفقه وأحكام القضاء . وقد عزا البعض اهتمام القانون السوفيتى الصادر سنة ١٩٦٠ بذكر هذه التفاصيل إلى أن رجال القانون السوفيت قد تعلموا دروسا مهمة من الخبرة المرة ، وأنهم فكروا فى وضع هذه الدروس فى وثيقة تعكس فى الغالب كل موضوع يتعلق بالقضاء الجنائى مما يواجه الإنسان المعاصر ، وأن هذه النصوص جاءت ضد خلفية أعوام التعسف والرعب .

HARLOD J. BERMAN., op. cit., p. 66. SCREVENS; Droit pénnal Comparé, Bruxelles, fasc. 2, pp. 94 - 109.

ويمكن القول بوجه عام إنه مما ساعد على أزمة قانون الإجراءات الجنائية فى الاتحاد السوفيتى (سابقا) أن نظرية القانون فى روسيا تعتبر القانون أداة سياسية وسلاحا فى يد الدولة الاشتراكية . ولا قيمة للقانون إلا كأداة لتحقيق الشرعية الاشتراكية . وفى المرحلة الثورية لهذه الشرعية والتى كانت ترمى إلى مجرد تأكيد سلطة الدولة ، فرضت القيود على الحريات ، وأجيز تجاهل احترام القانون إذا ثبت عجزه عن تحقيق غايته . ولما استتب نظام الدولة وتطور مضمون الشرعية الاشتراكية ولم تعد الدولة مجرد أداة لإحدى الطبقات ، بدأ العمل فى احترام الحريات فى الإطار الذى تسمح به طبيعة النظام الماركسى المعمول به فى الاتحاد السوفيتى (سابقا) .

د ـ النظام العنصرى

يعتمد النظام العنصرى Système de l'apartheid على فكرة (الاختلاف بسبب عدم المساواة) . وفى إفريقيا كانت تتمتع الأقلية البيضاء بـ ٨٧٪ من مساحة الأرض ، وهى التى تبلغ ١٨٪ من مجموع السكان . وكان يقطن معظم الإفريقيين معهم فى هذه المساحة ولكن لا يحق لهم تملك أى قطعة من الأرض .

وكان الأشخاص ينقسمون وفقا لعناصرهم وطبقاتهم الاجتماعية . ويوجد حاجز عضوى يفصل بين أعضاء الأجناس المختلفة فى السيارات العامة والسكك الحديدية والحدائق ودور السينما والمسرح والمراحيض والشواطئ والنوادى والمقاهى والمطاعم والفنادق ومكاتب البريد وغير ذلك .

وقد انعكس هذا التمييز العنصرى فى نظام الإجراءات الجنائية ، فالسلطة الحاكمة بما تملكه من أدوات القهر والتسلط جعلت قانون الإجراءات الجنائية أداة لخدمتها وتحقيق أهدافها على حساب الحريات فانتهكت=

١٢٨ ـ اقتضاء حق الدولة فى العقاب

نصت المادة ٦٦/ ٢ من الدستور على أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى. وبناء على ذلك فإن حق الدولة فى العقاب يظل فى دائرة السكون حتى تأتى الإجراءات فتنقله إلى مرحلة التطبيق، مما أدى بالبعض إلى اعتبار قانون الإجراءات أكثر تفوقا. والواقع أن كلا من القانون الموضوعى والقانون الإجرائى يعتبر مكملا للآخر [(١)].

فقانون الإجراءات الجنائية يرتبط مع قانون العقوبات ارتباطا لازما وثيقا بحيث يعتبر كل من القانونين بالنسبة إلى الآخر وجها لعملة واحدة. فالإجراءات الجنائية هى الوسيلة الضرورية لتطبيق قانون العقوبات ونقله من حالة السكون إلى حالة الحركة.

وهذه الإجراءات هى التى تكشف عن مدى الاتحاد بين الجزء الخاص بالتجريم والجزء الخاص بالعقاب فى قواعد العقوبات، لأنها تبحث فى مدى توافر شروط التجريم من أجل تطبيق العقاب. فالإجراءات الجنائية على هذا النحو هى الوجه العملى لاتحاد شقى التجريم والعقاب فى القاعدة العقابية. وهى المحرك الفعال لقانون العقوبات لكى ينتقل من دائرة التجريد إلى دائرة التطبيق العملى [(٢)].

ومن هنا تبدو الأهمية البالغة لقانون الإجراءات الجنائية فى تطبيق قانون العقوبات. فمهما نجح المشرع فى وضع قانون العقوبات وحماية المصلحة العامة فى هذا القانون، فإن هذا النجاح يظل محصورًا فى دائرة نظرية ضيقة ما لم يكفل المشرع تنظيما إجرائيا فعالا يكفل تحقيق هذه الحماية ويضمن تحقيق الهدف من العقاب، ولهذا قيل بأن من يتقن وضع قانون العقوبات ثم يترك قانون الإجراءات الجنائية بدون إتقان كمن يبنى قصرًا فى الهواء [(٣)].

= الحقوق والحريات بالنسبة إلى جميع السكان؛ البيض والإفريقيين سواء بسواء. وكانت جنوب إفريقيا من أولى الدول البوليسية فى العالم لأنها ترفض الاعتراف لمعظم سكانها بأبسط الحقوق «الأساسية» للإنسان.

Atteintes portées à la déclaration universelle des droits de l'homme en Afrique du Sud, un étude de la commission internationale de juristes; objectif; justices, vol. 5, No. 4, 1973, p. 11.

(١) S. DANDO; Japanease Criminal procedure, (Translated by B.J. George), Fred B. Rothman and co. Soyth Hackenasck, N. J., 1960, p.24.

(٢) Merle et Vitu; Traité de droit criminel, 2 éme éd. Paris, 1973, T.2, No. 173, pp. 226 et 227.

(٣) DANDO, ibid. p. 24.

وينهض قانـون الإجراءات الجنـائية بمهمـة تحديد التنظيم الإجـرائى ضمانا لتحقيق المصلحة الاجتماعية(وهى مصلحة عامة) فى جميع أشكالها سواء تلك التى تهم المجتمع بأسره أو تلك التى تهم أعضاء المجتمع بصفتهم الفردية .

ولا تتأثر هذه المصلحة كثيرا إذا كان قانون المرافعات المدنية والتجارية مشوبا بعيوب تعطل من فعاليتـه ، بعكس الحال فى قانون الإجراءات الجنـائية ، فإن عدم فعاليـة هذا القانـون يؤدى إلى تعطيل أو إضعاف الحمايـة التى يكفلها قـانون العقوبـات للمصالح الاجتماعية المختلفة . وعلة ذلك أن المصالح الخاصة المدنية والتجارية يمكن حمايتها من غير الطريق الإجرائى الـذى رسمه القانون ، بخـلاف الحال فى المصالح الاجتماعية التى يحميها قانون عقوبات . هذا فضـلا عما يتمتع به هذا النوع الثانى من المصالح من أهمية تفوق المصالح الخاصة المدنية والتجارية .

وقد قيل فى إبراز مدى العلاقة الوثيقة بين قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية إن الأول (يخدم العدالة من خلال إدارة قانون العقـوبات) وإن الثانى (يخدم العدالة فى إدارة قانون العقوبات)[1] .

وحول العـلاقة بين قانـون العقوبات والإجـراءات الجنائيـة ، فإنه إعمالا لنص المادة ٦٦/ ٢ من الـدستـور التى نصت على أنـه لا توقـع عقوبـة إلا بحكم قضـائى ، يتعين

---

(١) DANDO, ibid., p. 25.

إلا أنه وعلى الرغم من تـلازم قانون الإجراءات الجنائية مـع قانون العقوبات فإن كلا منهما يتميـز بمضمونه وبخصائصـه وبمنهجه الذاتى المستقل . فما هـو معيار التمييز بين هذين القـانونين؟ هناك ثلاثة معايير معروضـة على بساط البحث ، الأول هو مكـان وجود القاعـدة القانونيـة ، والثانى هو الهدف من القـاعدة القانونية ، والثالث هو الموضوع الذى تعالجه هذه القاعدة .

أما من حيث معيار مكان وجود القاعدة القانونيـة فإنه ليس حاسما ، ذلك أن قانون الإجراءات الجنائية قد يحتوى على قواعـد لقانون العقوبات مثل جرائم الامتنـاع عن الشهادة ، كما أن قانون العقوبـات قد يحتوى على قواعد لقانون الإجراءات مثل الشكوى والطلب والإذن .

ولا يصلح أيضا معيـار الهدف من القاعدة القانـونية للتمييز بين القانونين ، لأن كـلا منهما يحمى المصلحة الاجتماعية ولو كانت فردية طالما بلغت أهمية معينة فى نظر المجتمع .

ولعل أفضل معيار للتمييز بين قواعد هذين القانونين ، هو موضوع كل منهما . فقانون العقوبات يحدد أنواع السلـوك الذى ينهى عنـه المجتمع والعقـوبـات المقررة جـزاء اتبـاع هذا السلـوك . هـذا بينما يكفل قانـون الإجراءات الجنائية تحديـد الإجراءات الواجب اتباعها عند وقـوع الجريمة والجهات التى يجب أن تفحصها وتفصل فيها .

=

لتطبيق قانون العقوبات البدء بكشف الحقيقة من خلال إجراءات معينة . فإذا ثبت أن المتهم لم يرتكب الجريمـة المسندة إليه ، فلا تتـوفر الحقيقة التى تبرر تـوقيع العقاب على هذا المتهم .

ولا تملك الدولة قبل صدور حكم الإدانة ومعـاقبة المحكوم عليه الالتجاء إلى التنفيذ المبـاشر على المتهم ولو اعترف طـواعيـة واختيارا بـواسطة أجهـزتها المختصـة بارتكـاب الجريمة ، أو قبل برضائه العقوبة المنصوص عليها قانونا .

وعلة ذلك أن حق الدولة فى العقاب ينطوى على مساس جسيم بحرية المتهم ، وهو ما لا يمكن إقراره ولا تحديـد مداه إلا بواسطة جهاز مستقل محايد هـو القضاء ، بوصفه الحارس الطبيعى للحريات . ولا تقتصر أهمية هذا التدخل على كشف الحقيقة ، بل إنها تمتد كذلك إلى تحديد نطاق حق الدولة فى عقاب الجانى .

وفى هـذا الشأن يتـوقف دور القـاضى على مضمـون حق الدولـة فى العقـاب وفقًـا للسياسة الجنائية التى يعتنقها القانون الوضعى .

وقد ثـار البحث عما إذا كان القاضى هو الـذى ينشئ حق الدولة فى العقـاب أم أنه يقتصر على مجرد تقريـره . وقد ذهـب البعض [1] إلى أن الحكم القضـائى لا يقتصر دوره على مجرد تقرير هذا الحق بل هـو الذى ينشئه . ويساند هذا الـرأى مبدأ (لا عقوبة بغير حكم قضائى) ، وإلى أن نشوء حق الدولـة فى العقاب قبل صدور الحكم لا يتفق مع ما قـد تنتهى إليه الـدعوى الجنـائيـة من الحكم ببراءة المتهم . وهو رأى مـردود بأن الحكم بالإدانه كاشف لحق الدولة فى عقـاب المحكوم عليه . واشتراط صدور الحكم القضائى هو ضمان دستورى لهذا الكشف حماية لحقوق المتهم وحرياته .

= وعلى الرغم من التمييز العضوى بين القانونين ، فإن أثر قانون الإجراءات فى تطبيق قانون العقوبات يبدو واضحا كما أسلفنـا ـ لأنه يـرسم الوسائل اللازمـة لتطبيقه وأكثر من هـذا ، فإن قانون الإجـراءات ـ يكمل قانون العقـوبات لأنه يرسم حـدود سلطة القاضى فى القضاء بما ينص عليه هـذا القانون بالإضـافة إلى ما يحدده من قوة الأمر المقضى للحكم الجنائى إذا توافرت شروط معينة ، مهما كان هذا الحكم مشوبا بالخطأ فى تطبيق قانون العقوبات . ففى هذه الحالة يؤثر قانون الإجراءات فى النطاق الفعلى لتطبيق هذا القانون .

(١) DELOGU La loi pénale et son application, Le Caire, Tome 1, 1956 - 1957, pp. 149 et 155.

الفصل الثانى
قانون العقوبات والحقوق والحريات

١٢٩ـ نشأته

يهتم قانون العقوبات بمعالجة كل النواحى الأساسية التى يلزم مراعاتها لحسن سير الحياة الاجتماعية. وبينما تهتم سائر القوانين بتنظيم مجالات معينة من هذه الحياة، كالعلاقات المدنية التي يتكفل بها القانون المدنى، والعلاقات التجارية التى يتكفل بها القانون التجارى، نجد أن قانون العقوبات يتسع مجاله للحياة الاجتماعية بأسرها.

ومن ناحية أخرى، فإن قانون العقوبات يهدف إلى حماية المجتمع على نحو يضمن ممارسة المواطنين لحقوقهم وحرياتهم بصورة آمنة، فضلا عن حماية المصلحة العامة وهو فى مجال تأكيد هذه الحماية يعبر أصدق تعبير عن القيم التى يؤمن بها المجتمع فيما يتعلق بالحقوق والحريات والواجبات العامة التى يكفلها النظام القانونى للأفراد.

ويتميز قانون العقوبات عن سائر فروع القانون فى أسلوبه فى تقرير الحماية الاجتماعية للحقوق والحريات والواجبات العامة بتجريم المساس بهذه الحقوق والحريات والواجبات والتعبير عن هذا التجريم بعقوبات معينة يتعرض لها من يرتكب الأفعال المخالفة للقانون.

وفى ضوء ذلك يتبين أن الحقوق والحريات تنال أهمية فى قانون العقوبات من عدة زوايا:

(الزاوية الأولى): هى زاوية التجريم حيث يكفل هذا القانون الحماية الجنائية لهذه الحقوق والحريات من خلال إضفاء وصف التجريم على الأفعال التى تنال من هذه الحقوق والحريات، وهو ما نسميه بالحماية الجنائية. وتبدو ظاهرة جلية فى القسم الخاص من قانون العقوبات.

(الزاوية الثانية): هى زاوية الإباحة، حيث يكفل هذا القانون حماية الحقوق والحريات، فلا يجوز إضفاء التجريم على أى ممارسة لها فى الحدود التى يقررها القانون. فالتمتع بهذه الحقوق وممارستها يكفله قانون العقوبات على الوجه الأكمل. ولا يجوز أن تمتد إلى ممارستها يد التجريم. فمثلا، إن كافة الحقوق والحريات المكفولة مثل حق التعبير وحق مخاطبة السلطات العامة وحق الدفاع والواجبات العامة، لا يمكن أن تكون ممارستها موضعا لأى تجريم مهما كان نوعه، ولهذا تعتبر ممارسة هذه الحقوق والحريات أسبابا أصلية للإباحة، طالما أن ممارستها تتم فى إطار المشروعية الكاملة. ولئن كانت أسباب الإباحة تتسع لكل حق قرره القانون وإن لم يكفله الدستور، إلا أن الحقوق والحريات التى تنال فى ذاتها قيمة دستورية لا تحتاج إلى نص فى التشريع، وتعتبر ممارستها عملا مشروعا بصفة أصلية تطبيقا لسيادة الدستور على سائر القواعد القانونية.

(الزاوية الثالثة): وتتعلق بنطاق التجريم والعقاب، والمسئولية الجنائية، فلا يجوز أن يمتد التجريم أو تقرير المسئولية الجنائية أو العقاب إلى المساس بأى حق أو حرية مما كفله الدستور. ومن خلال هذه الزاوية تتحدد الأحكام العامة لقانون العقوبات فيما يتعلق بالجرائم والعقوبات والمسئولية الجنائية فى نطاق الحقوق والحريات التى تتمتع بالشرعية الدستورية.

١٣٠ ــ التمييز بين الحماية الجنائية للحقوق والحريات وحمايتها الدستورية

من الواضح أن الحماية الجنائية للحقوق والحريات هى من أعمال المشرع العادى واضع قانون العقوبات. إلا أن حركة المشرع فى هذه الحماية تخضع لأحكام الدستور. ومع ذلك، فقد يوجه الدستور المشرع لتجريم بعض الأفعال، كما هو الحال فى المادة ٥٧ من الدستور التى نصت على أن كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم. وكذلك ما نصت عليه المادة ٧٢ من الدستور المصرى التى نصت على أن تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب، ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين

المختصين جريمة يعاقب عليها القانون، وللمحكوم له فى هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة. وهاتان المادتان ليستا كافيتين لتجريم الفعل المنصوص عليه فى كل منهما، ما لم يتدخل المشرع العادى بفرض العقوبة جزاء لهذا الفعل. وهنا يكون تدخل المشرع العقابى بناء على تكليف من الدستور.

وخلافا للحماية الجنائية التى تقع أصلا على عاتق المشرع العادى، فإن الحماية الدستورية للحقوق والحريات يتكفل بها الدستور. وتتحدد الشرعية الدستورية لهذه الحقوق بما ينص عليه الدستور مباشرة، أو بطريق غير مباشر على النحو الذى حددناه فيما سبق فى الجزء الأول من هذا الكتاب.

١٣١- الشرعية الدستورية وقانون العقوبات

تكفل الشرعية الدستورية وضع مبادئ تتعلق بالحقوق والحريات تدخل فى دائرة اهتمام قانون العقوبات فى أداء وظيفته الجزائية حماية لهذه الحقوق[1]. و يلاحظ أن الشرعية الدستورية تؤثر فى قانون العقوبات فى ثلاثة محاور، هى:

(١) القانون الدستورى كعامل فى تحديد شرعية الجرائم والعقوبات، حيث يحدد أداة التجريم والعقاب من خلال مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات (المادة ٦٦/ ٢) وما يترتب عليه من ضرورة توافر صفات خاصة فى نصوص التجريم والعقاب، والتفسير الدقيق للنصوص الجنائية، ونطاق تطبيق قانون العقوبات (عدم رجعية قانون العقوبات، ورجعية القانون الأصلح للمتهم)، والضرورة والتناسب كمعيار للتجريم والعقاب.

(٢) القانون الدستورى كعامل فى توجيه قانون العقوبات، حيث يسهم الدستور من خلال الحقوق والحريات التى يكفلها والمقومات الأساسية للمجتمع (الباب الثانى من الدستور المصرى) فى تحديد محل الحماية الجنائية. كذلك يسهم الدستور فى تحديد نطاق قانون العقوبات من حيث تحديد الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام الانتخاب، ويحدد جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام (المادة ٧٢ من الدستور)، وجريمة الاعتداء

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسنى، الدستور والقانون الجنائى طبعة ١٩٩٢.

على الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور (المادة ٥٧ من الدستور) وكذلك تحديد الجرائم التى تقع من الوزير أثناء تأدية وظيفته أو بسببها (المادة ١٥٩/ ١ من الدستور) وتحديد الجرائم التى يمكن أن يؤاخذ عنها أعضاء مجلس الشعب حيث لا يؤاخذهم عما يبدونه من الأفكار والآراء فى أداء أعمالهم فى المجلس أو فى لجانه (المادة ٩٨ من الدستور) كما يسهم القانون الدستورى فى تحديد العفو عن العقوبة أو تخفيفها حيث يجيز ذلك لرئيس الجمهورية، أما العفو الشامل فلا يكون إلا بقانون (المادة ١٤٩) على قانون العقوبات مراعاة ما نص عليه الدستور من أن العقوبة شخصية .

١٣٢ ـ التمييز بين الدائرة الدستورية والدائرة التقديرية فى قانون العقوبات

يحكم قانون العقوبات نوعان من المبادئ الدستورية ؛ الأول عام يحكم سائر فروع القانون، والثانى خاص بقانون العقوبات وحده . وتشكل هذه المبادئ بنوعيها الدائرة الدستورية فى قانون العقوبات . وبجانب هذه الدائرة توجد مبادئ أخرى يضعها المشرع فى إطار سلطته التقديرية، وتشكل الدائرة التقديرية فى قانون العقوبات .

وتخضع الدائرة الدستورية فى قانون العقوبات لرقابة المحكمة الدستورية العليا . وفى هذا الصدد قالت هذه المحكمة إن دستورية النصوص الجنائية تحكمها مقاييس صارمة تتعلق بها وحدها، ومعايير حادة تلتئم مع طبيعتها ولا تزاحمها فى تطبيقها ما سواها من القواعد القانونية، فقد أعلى الدستور قدر الحرية الشخصية، فاعتبرها من الحقوق الطبيعية الكامنة فى النفس البشرية، الغائرة فى أعماقها، والتى لا يمكن فصلها عنها، ومنحها بذلك الرعاية الأوفى والأشمل توكيدا لقيمتها، وبما لا إخلال فيه بالحق فى تنظيمها، وبمراعاة أن القوانين الجنائية قد تفرض على هذه الحرية ـ بطريق مباشر أو غير مباشر ـ أخطر القيود وأبلغها أثرا . وكان لازما بالتالى ألا يكون النص العقابى محملا بأكثر من معنى، مرهقا بأغلال تعدد تأويلاته، مرنا مترامیا على ضوء الصيغة التى أفرغ فيها، متغولا ـ من خلال انفلات عباراته ـ حقوقا أرساها الدستور، مقتحما ضماناتها،

عاصفـا بها، حائلا دون تنفسها بغير عائق، ويتعين بـالتالى أن يكون إنفـاذ القيود التى تفرضها القوانين الجنائية على الحرية الشخصية، رهنًا بمشروعيتها الدستورية [١].

أما الـدائرة التقديـرية فى قانـون العقوبـات، فإنها تضيق فى القسم العام من قـانون العقوبـات حيث يخضع فى الجزء الأعم من نصـوصه لـلأسس الدستوريـة، وتتسع فى قسمه الخاص فتحكمها اعتبارات السياسة الجنـائية التى يتبناها المشرع ورؤيته للضرورة والتناسب كأسـاس للتجريم فى نطـاق نظام الحماية الـدستورية القـائم على التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة. ولا تخضع هذه الـدائرة لرقابة المحكمة الدستورية العليا لأنها تصدر فى نطاق السلطة التقديرية للمشرع فى مجال تنظيم الحقوق ما لم تخالف بها أهداف الدستور. وتستجلى المحكمـة الدستورية هذه المخالفـة، إذا كانت صارخة واضحة، كما إذا تم التجريم والعقاب، بغير ضرورة أو تناسب بصورة واضحة لا يحتاج استخلاصها إلى إعادة تقدير، كما سنبين فيما بعد.

---

(١) T. Renoux; le conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire, collection droit public positif, éd. Economica, 1984, p. 527 - 531.

الفصل الثالث

قانون الإجراءات الجنائية والحقوق والحريات

١٣٣ ـ المركز القانونى للحقوق والحريات فى الإجراءات الجنائية

يعتبر قانون الإجراءات الجنائية أهم المجالات الحساسة لقضية الحقوق والحريات، فالمساس بالحقوق والحريات من خلال التجريم والعقاب لا يتجلى من الناحية الفعلية إلا من خلال الإجراءات الجنائية، لأنها بطبيعتها قد تمس أحد هذه الحقوق أو الحريات. فما هى الضمانات التى يجب توفيرها لضمان حمايتها فى إطار التوازن بينها وبين المصلحة العامة ؟

تمر الإجراءات بمرحلتين إحداهما سابقة للمحاكمة والأخرى تجرى أثناء المحاكمة. وفى كل من هاتين المرحلتين تتعرض حرية المتهم لأخطار عدة منها القبض والتفتيش والاستجواب والحبس الاحتياطى وضبط الأشياء، ومراقبة الرسائل والمحادثات الشخصية. وتباشر هذه الإجراءات سلطات عدة تبدأ من سلطة الضبط القضائى إلى سلطة التحقيق (النيابة العامة بحسب الأصل)، والمحكمة. وتختلف حقوق كل من هذه السلطات فى المساس بحرية المتهم فى إطار ما تباشره قانونا من إجراءات جنائية.

ومن هنا يتضح أن المركز القانونى للحقوق والحريات فى الإجراءات الجنائية يتحدد وفقا لمحورين: (الأول): هو المرحلة التى تتم فيها مباشرة الإجراءات الجنائية. (الثانى): طبيعة السلطة التى تقوم بالإجراء الجنائى.

ولما كانت الإجراءات الجنائية (فى الخصومة الجنائية) لا تتم من جانب واحد هو السلطة سواء كانت سلطة الضبط القضائى، أو سلطة التحقيق، أو سلطة الحكم، وإنما تتم أيضا من جانب المتهم، فإن هذا الأخير يملك الحق فى اتخاذ إجراءات الدفاع عنها. وكل هذه الإجراءات بطبيعة الحال تهدف إلى كفالة حقوقه وحرياته فى مواجهة القائمين على اتخاذ الإجراءات فى مواجهته.

وفى ضوء كل ذلك يؤدى قانون الإجراءات الجنائية دوره فى حماية الحقوق والحريات. فما هو نطاق هذا الدور؟

١٣٤ـ نطاق الحقــوق والحريات فى قانون الإجراءات الجنائية

لا ينهض قانـون الإجراءات الجنـائية بمجرد وضـع التنظيم القضائى لاستعمال حق الدولة فى العقـاب، لأن الإجراءات التى ينظمها ليست مجرد وسائل فنيـة بحتة، بل هى أعمال تمس الحرية الشخصيـة وغيرها من الحقوق والحريـات عند مباشرتها فى مـواجهة المتهم. فالإجراءات الجنـائية بكل ما تحمله من معانى الاتهام، وبكل مـا تستهدفه من جمع الأدلـة لكشف الحقيقـة تمس حريـة المتهم أو تعـرضهـا للخطر. ولهذا فإن قـانـون الإجـراءات الجنائيـة فى دولـة ما هـو الصـورة الدقيقـة للحـريـات فى هذا البلـد. فإذا استهدف التنظيم الإجرائى تحقيق مصلحة الدولـة فى الكشف عن الحقيقة لإقرار حقها فى العقاب، مضحيا بـالحرية الشخصية للمتهم، فإن مصلحة الدولـة تكون قد بلغت ذروتها فى التفوق على مصالح الأفراد. وهو مـا يتحقق فى النظم التسلطية التى ساد فيها مبـدأ تفـوق الدولـة. هـذا بخـلاف الحال فى النظم الديمقـراطيـة الحرة، فإن التنظيم الإجرائى يضمن حـرية المتهم ويوازن بينهـا وبين مصلحة الفرد. وهـو فى جميع الأحوال يتأثر بـالنظم السياسية والاجتماعية والاقتصاديـة التى تحكم شكل الدولة وعـلاقة الفرد بها[١]. ومن هذه الزاوية يعتبر قانون الإجراءات الجنائية من القوانين المنظمة للحريات. ولذلك يتعرض هذا القـانون لأزمة شديدة كلما تعرضت الحريات فى الـدولة للأزمات. وقد ظهـر ذلك على أثـر الحرب العالمية الأولى وانـدلاع الأزمة الاقتصـادية التـى ظهرت بوادرهـا قبل هذه الحرب. فقـد بدأ التفكير فى التجمعـات الشعبية، وانتشرت ظـاهرة النقابات إيمانا بأن الفـرد لا يمكنه الحصول على الحد الأدنى من الحماية إلا إذا انضم إلى جماعة معينة. كما تكـونت الجبهات الشعبية وظهرت الـديكتاتوريات فى إيطـاليا وألمانيا والاتحاد السوفيتى (سابقا) لتقوية المجتمع والحيلولة دون ظهور النظام الملكى[٢].

---

(١) محمد مصطفى القللى، أصول قانون تحقيق الجنايات، سنة ١٩٥٤ ص ٧.

(٢) BEREND; L'influence de l'organisation de l'Etat sur le droit pénal; Rev. inter dr. pén. 1994, p. 23 - 31.

١٣٥ـ تطور حماية الحقوق والحريات في قانون الإجراءات الجنائية المصرى

تطور قانون الإجراءات فى مصر فى ضوء تطور حماية الحقوق والحريات . فقد كان أول قانون للإجراءات الجنائية فى مصر هو قانون تحقيق الجنايات المختلط الصادر فى عام ١٨٧٥ عند إنشاء المحاكم المختلطة فى هذا العام، وقد شاب هذا القانون عيب الامتيازات الأجنبية التى أعطت للأجنبى فى بلادنا وضعا يسمو على الوطنى . وفى عام ١٨٨٣ صدر قانون تحقيق الجنايات الأهلى للقضاء فى ظل ما كان يشوب التحقيق والمحاكمة فى ذلك الوقت من عسف وظلم صارخ ، غير أن السلطات القائمة على تنفيذه لم تسمح بالاستمرار فى تطبيقه ، بحجة أن الأشرار قد أساءوا فهم الحريات التى منحها إياهم القانون الجديد وعاثوا فى البلاد فسادا [1]. وقد تعللت بهذا التبرير فعطلت تطبيق القانون بما احتواه من ضمانات ، بأن أصدرت فى ٢٤ أكتوبر فى سنة ١٨٨٤ فيما يتعلق بالوجه البحرى وفى إبريل فى سنة ١٨٨٥ فيما يتعلق بالوجه القبلى دكريتو يقضى بنقل اختصاص الفصل فى الجرائم التى من شأنها الإخلال بالأمن أو تهديد الأملاك إلى لجان سميت باسم لجان أو قومسيونات الأشقياء ، وهى مشكلة من رئيس يعينه مجلس الوزراء ومن مدير المديرية ورئيس النيابة واثنين من قضاة المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف ، وكانت هذه اللجان تتولى التحقيق والفصل فى القضايا غير مقيدة بالقواعد وبالإجراءات التى كان ينص عليها قانون تحقيق الجنايات . وقد كان هذا التحكم إيذانا بالافتئات على الحريات وإهدار الحقوق الأساسية للأفراد ، فأسرفت تلك اللجان فى القسوة بقصد الإرهاب ، وانتهكت حقوق الدفاع ولم تتورع عن اللجوء إلى التعذيب فى أثناء التحقيق ، واكتفت فى الإدانة بمجرد الشبهات ، وظلت الحال كئيبةقاتمة على هذا النحو حتى ألغيت هذه اللجان فى سنة ١٨٨٩ .

ورأى المشرع المصرى إصلاح قانون تحقيق الجنايات فصدر قانون جديد فى عام ١٩٠٤ راعى فيه احترام الضمانات فى حدود معينة .

وفى سنة ١٩٣٧ على إثر إبرام معاهدة مونتريه بإلغاء الامتيازات الأجنبية فى مصر، أصبحت المحاكم المختلطة مختصة بمحاكمة الأجانب فى المواد الجنائية فى فترة الانتقال

---

(١) DONNEDIEU VABRES; La politique des états autoritaires, Sirey, 1938, pp. 6 et 7.

مما أدى إلى إصدار قانون جديد فى سنة ١٩٣٧ لتحقيق الجنايات المختلط للعمل به أمام المحاكم المختلطة فى هذه الفترة، إلا أن ازدواج القضاء الجنائى فى مصر على هذا النحو، والتمييز بين المصريين والأجانب فى بلد واحد لمصلحة الأجانب كانا مثارا للتفكير فى العمل على توحيد القانونين الأهلى والمختلط. ولذلك قرر مجلس الوزراء فى ١٣ مارس فى سنة ١٩٤٠ تشكيل لجنة لتوحيد هذين القانونين، وقد وضعت اللجنة مشروعا كاملا فى سنة ١٩٤٥ لم يقدر له الظهور إلا بعد انتهاء فترة الانتقال لإلغاء الامتيازات الأجنبية التى انقضت سنة ١٩٤٩، فصدر القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ يحمل اسم «قانون الإجراءات الجنائية». وقد كان هذا القانون فى الصورة التى صدر بها لأول مرة يكفل احترام الحقوق والحريات للأفراد فى كثير من النصوص، إلا أن التعديلات والقوانين المكملة له التى طرأت عليه بعد ذلك أضعفت كثيرا من نطاق الضمانات التى كان قد كفلها هذا القانون.

وجاءت ثورة ٢٣ يوليو فى سنة ١٩٥٢ فخرجت بمنطق الثورة على بعض الضمانات. فصدر المرسوم بقانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٥٢ فى شأن تطهير الأداة الحكومية وأنشأ لجانا إدارية ذات اختصاص قضائى للبت فى بعض الجرائم التى تكفل بعض الضمانات للحرية الشخصية، وخولها بعض الاختصاصات القضائية التى يتمتع بها قاضى التحقيق وغرفة الاتهام، ومنحها سلطة اتخاذ إجراءات تمس الحرية الشخصية دون ضمان يحد من الإفراط فى هذا المساس، وصاحبت الظروف الاستثنائية لنشوء الثورة الإنقاص من الضمان القضائى، فشكلت المحاكم الاستثنائية بالقانون رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٥٢ فى شأن جريمة الغدر، والأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة فى ١٦ سبتمبر سنة ١٩٥٣ بإنشاء محكمة الثورة، وكانت المحاكمة أمام هاتين المحكمتين تتم وفقا لإجراءات خاصة، ودون مراعاة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إذ أجيزت محاكمة المتهمين أمامها عن أفعال لم يكن معاقبا عليها من قبل ارتكابها.

وصدر المرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية الذى انتزع من قاضى التحقيق سلطة التحقيق الابتدائى وأسنده إلى النيابة العامة. ثم صدر القانون رقم ٢٨٠ لسنة ١٩٥٣ فعدل قانون الإجراءات الجنائية مخولا النيابة العامة سلطة إصدار الأوامر الجنائية أسوة بالقضاة. كما جرت بعد ذلك عدة تعديلات على قانون الإجراءات لتدعيم سلطة الدولة وموظفيها، وذلك عن طريق منح

الموظف العـام المتهم بجريمـة وقعت فى أثناء تأديـة وظيفته أو بسببها بعـض الضمانات التى تحد من حـرية النيـابة العـامة فى رفـع الدعـوى الجنائيـة عليه أو التحقيق معـه أو استئناف الأمر الصـادر بألا وجه لإقامة الدعوى الجنـائية قبله (المواد ٦٣، ٦٤، ٢١٠ إجراءات المعدلة طبقا للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥٦).

وفى عـام ١٩٦٤ صدر قـرار رئيس الجمهوريـة بالقـانون ١١٩ لسنـة ١٩٦٤ بشأن بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة، وقد أضعف هـذا القانون نطاق الحقوق والحريات الأساسيـة، فقد خول لـرئيس الجمهورية عنـد قيام حـالة تنذر بتهـديد سلامـة النظام السياسى أو الاجتماعى للبلاد، أن يأمر بالقبـض على أى شخص واعتقاله متى توفرت عند صدور هذا الأمـر أسباب جدية تنبئ بخطورته، وكـان من إحدى الفئات المذكورة على سبيل الحصر والتى سبق أن مستهـا الثورة (المادة ١). وقـد سمحت هذه السلطـة باعتقال المتهمين بارتكاب جرائم معينة رغم القضاء ببراءتهم بواسطة المحاكم المختصة. كما نص هذا القـانون على إعفـاء النيابة العـامة عنـد تحقيق بعض الجنايـات الهامة من مراعـاة كثير من الضمانات التى ينص عليهـا قانـون الإجراءات الجنـائية لحمايـة الحرية الشخصية. وقـد بلغ الأمر إلى حـد تخويل النيابـة العامة سلطـة الحبس المطلق للمتهم (المادة ٢)، وتخويل رئيس الجمهـوريـة حق فـرض الحراسـة على الأمـوال والممتلكـات (المادة٣). ومما يزيـد من خطورة هذا القانـون على الحريات أنه كان قـائما دائما لا يرتبط تطبيقه بظروف الحرب أو إعلان حالة الطوارئ.

وفى عـام ١٩٦٦ صـدر القـانون رقـم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بـإصدار قـانـون الأحكـام العسكرية، ويسرى هذا القانون على المدنيين المتهمين بارتكاب جرائم معينة اعتداء على المصالح العسكرية (المادة ٥)، والجنايات والجنح المضرة بأمن الدولة من جهتى الخارج والـداخل والتى تحال إليها بقـرار من رئيس الجمهوريـة (المادة ٦) تقديـرا من المشرع إلى انتماء هذا القضاء للقوات المسلحة يسمح له بنظـر بعض الدعاوى حين تتعرض البلاد لخطر يهدد أمنها، استصحابا على وظيفة القـوات المسلحة التى حددها الدستور (المادة ١٨٠)، مع مـراعاة أن الـدستـور قد نـص على القضاء العسكـرى فى الفصل الخاص بالقوات المسلحـة. وقد عنى الدستور فى المادة ١٨٣ على أن ينـص على أن القانون يبين اختصاصـه فى حدود المبـادئ الواردة فى الـدستور. وعلى هـذا النحو أصبـح القضاء العسكرى مختصـا بمحاكمة المدنيين عن هذا النـوع الأخير من الجرائم رغم اختصاص

القضـاء العادى أيضـا بهذه الجرائم . وبالإضـافة إلى ذلك فقـد نصت المادة (٤٨) من القانون المذكور على أن السلطات القضائية العسكـرية وحدها هى التى تقرر ما إذا كان الجرم داخلا فى اختصاصها أم لا؛ غير أن محكمة النقض المصريـة أصدرت العديد من الأحكام، أوردت فيهـا أنه لا يحول بين اختصاص المحـاكم العاديـة وبين الاختصاص بالفصل فى الجرائم المنصوص عليها فى قانون الأحكام العسكرية، مانع من القانون، إذ لا محل للقول بـاختصاص استئثارى للقضـاء العسكرى بها، وأن نص (المادة ٤٨) من القانون المذكور لا يفيد صراحة ولا ضمنـا انفراد القضاء العسكرى وحده بنظر الجرائم المنصوص عليهـا فى قانون الأحكام العسكـرية، وانتهت المحكمة إلى أنـه لا يتصور أن يثور تنازع إيجابى فى الاختصاص بالجرائم بين المحاكم العادية وبين القضاء العسكرى، أما فى حـالة التنـازع السلبى، فقد أقرت محكمـة النقض باختصـاص المحاكم العـادية بالفصل فى أية جريمـة ترى سلطات القضاء العسكرى عدم اختصـاصها بها، باعتبار أن ولاية تلك المحاكم هى ولاية عامة[1].

وفى عام ١٩٦٩ كان الاعتـداء الصارخ على استقلال القضاء وحصـانته، إذ صدر القـرار بقانـون رقم ٨٣ لسنـة ١٩٦٩ بإعادة تشكيل الهيئـات القضـائية، وقـرار رئيس الجمهوريـة رقم ١٦٠٣ بإعادة تعيين رجـال القضاء والنيـابة العامـة، وتضمن كل من القرارين عزل بعض رجال القضاء، وكان من بينهم قضاة ممن حكموا ببراءة المتهمين فى بعض القضايا السياسية.

وفى ١١ سبتمبر فى سنة ١٩٧١ صدر الدستور المصرى، لكى يؤكد احترام ضمانات الحرية الشخصية، وخاصة القبض والتفتيش والحبس الاحتياطى[2].

وبصـدور هذا الـدستـور نسخت النصوص الـواردة فى قانـون الإجـراءات الجنائيـة والمتعارضة مع الـدستور، ولا يطهر نصوص هذا القـانون من عيب عدم الدستـورية ما نصت عليه (المادة ١٩١) من الدستور من أن كل ما قـررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الـدستور يبقى صحيحا ونافذا، ذلك أنـه كما قضت المحكمة العليا: «إن نصوص الـدستور تمثـل القواعد والأصـول التى يقوم عليهـا نظام الحكـم ولها مقام

(١) نقض جلسـة ٢٤ ديسمبر فى عام ١٩٨٥، مجمـوعة الأحكـام س ٣٦ ونقض جلسة ١٥ أكتـوبر فى عـام ١٩٨٦، و ١٠ فى عام ١٩٨٦ ص ١٠٢٠ و ١٣ إبريل فى عام ١٩٨٨ فى الطعن رقم ٥٨٤ لسنة ٨٥.
(٢) انظر الباب الثالث من الدستور بشأن الحريات والحقوق والواجبات العامة.

الصدارة من قواعد النظام العام التى يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات باعتبارها أسمى القواعد الآمرة، ومن ثم فإن ذلك النص لا يعنى سوى مجرد استمرار نفاذ هذه القوانين واللوائح دون تطهيرها مما قد يشوبها من عيوب ودون تحصينها ضد الطعن بعدم الدستورية شأنها فى ذلك شأن التشريعات التى تصدر فى ظل الدستور القائم. فليس معقولا بأن تكون تلك التشريعات بمنأى عن الرقابة التى تخضع لها التشريعات التى تصدر فى ظل الدستور ونظمه وأصوله المستخدمة مع أن رقابة دستوريتها أولى وأوجب[1]».

وفى حكمها الصادر بجلسة ٢ يونيو فى سنة ١٩٨٤ أخذت بهذا النظر المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٥ لسنة ٤ القضائية «دستورية» الذى قضى بعدم دستورية المادة (٤٧) من قانون الإجراءات الجنائية التى تبيح لمأمور الضبط القضائى فى حال التلبس تفتيش منزل المتهم، لتتفق مع المادة (٤٤) من الدستور التى تنص على أن «للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون» تأسيسا على أن المادة الأخيرة لم تستثن حالة التلبس من ضرورة صدور أمر قضائى مسبب ممن له سلطة التحقيق أو من القاضى المختص بالتفتيش سواء قام الآمر بنفسه أم أذن لمأمور الضبط القضائى بإجرائه. وطبقت محكمة النقض هذا المبدأ من تلقاء نفسها قائلة: «إن ما قضى به الدستور فى (المادة ٤٤) منه من صون المسكن وإطلاق حظر دخوله أو تفتيشه إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون، ومن أن «كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا نافذا ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور» لا ينصرف حكمها بداهة إلا أن التشريع الذى لم يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور

---

(١) انظر أحكام المحكمة العليا والصادرة فى ٦ نوفمبر فى سنة ١٩٧١ (الدعوى رقم ٢ لسنة ١ قضائية عدم دستورية، والدعوى رقم ٦ لسنة ١ قضائية عدم دستورية، والدعوى رقم ٩ لسنة ١ قضائية عدم دستورية منشورة جميعا فى الجريدة الرسمية العدد رقم ٤٦ الصادر فى ٢٢ نوفمبر فى سنة ١٩٩١). قارن نقض ٨ أكتوبر فى سنة ١٩٧٢ مجموعة الأحكام س ٢٣ رقم ٢١٨ ص ٩٧٩، فقد أجاز هذا الحكم القبض والتفتيش بواسطة مأمور الضبط القضائى بناء على مجرد الدلائل الكافية طبقا للمادة ٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية قبل تعديله بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٢ رغم أن المادة ٤١ من الدستور تقصر هذا الحق على القاضى والنيابة العامة فقط فيما عدا حالة التلبس، وذلك بحجة أن قانون الإجراءات الجنائية لم يتناوله الدستور بالتعديل.

ذاتـه، بغير حاجـة إلى تـدخل من الشارع» . واستطـردت محكمـة النقض من ذلك إلى قولها : «إن حكم (المادة ٤٧) من قـانون الإجراءات الجنـائية يعتبر منسوخا ضمنـا بقوة الدستور نفسه منذ العمل بأحكامه دون حاجة إلى صدور قانون أدنى[(١)]» .

وفى عـام ١٩٧٢ صـدر القـانـون رقم ٣٧ لسنـة ١٩٧٢ بتعـديل بعض النصـوص المتعلقـة بضمان حريـات المواطنين فى القوانين القـائمة، وكـان من مهمة هـذا القانـون تعـديل بعض نصوص الإجـراءات الجنـائية حتى تتفق مع مبـادئ الـدستور الجديـد. وصـدر القـانـون رقم ١٧٤ لسنـة ١٩٩٨ بتعـديـل قـانـونى العقـوبـات والإجـراءات الجنائية[(٢)]، فـاستحدث نظـامى الصلح والتصـالح، وعدل نظـام الأوامـر الجنائيـة، وأجرى تعديـلات على نظام الدعوى المباشرة. وبهذا التعديل الأخير يكـون قد طرأ على قانون الإجراءات الجنائية حتى الآن ٤٤ تعديلا .

وقد شكلت الحكومة لجنة لإعادة النظر فى قانون الإجراءات الجنائية [(٣)] ظلت تعمل زهاء عشر سنـوات وانتهت من إعـداد مشروع لهذا القانـون فى عام ١٩٩٧ لم تتقـدم به الحكومـة بعد إلى مجلس الشعب، ولاشك أن الحاجـة ملحة فى إعـادة نظر شـاملة لهذا القانـون حتى يصدر فى ثوب جديـد يتفق مع المبادئ التى أرساها الـدستور المصرى[(٤)] ويواجه كثيرا من المشكلات العملية .

١٣٦- الشرعية الدستورية وقانون الإجراءات الجنائية:

تؤثر الشرعية الدستورية فى قانون الإجراءات الجنائية فى ثلاثة محاور، هى :

(١) القانون الدستورى كعامل فى تحديـد شرعية الإجراءات الجنائية، حيث تتطلب المبادئ الدستورية عدم جواز اتخاذ إجراء جنائى إلا بقانون .

---

(١) نقض ٢٠ نوفمبر فى سنة ١٩٨٥ مجموعة الأحكام س ٢٦ رقم ١٨٨ ص ١٢٧، انظر أيضا وبناء على ذات الأسباب نقض ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣، مجموعة الأحكام س٤٤ رقم ١٠ ص ٧٠٣ الذى قضى بأن المادة ٤١ من الدستور نسخت بقوة الدستور المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية .

(٢) الجريدة الرسمية فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٩٨ العدد ٥١ مكررا .

(٣) برئاسـة المستشار عبد العـزيز الجندى النائب العـام الأسبق وعضوية عـدد من أساتذة الجامعـات ورجال القضاء والمحاماة .

(٤) صدر قرار وزيـر العدل رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٨٨ بتشكيل لجنة لتعـديل قانون الإجراءات الجنـائية والقوانين المكملة له .

(٢) القانون الدستورى كعامل فى توجيه قانون الإجراءات الجنائية، حيث يتعين على هذا القانون الالتزام بما نص عليه الدستور بشأن الأصل فى البراءة، وضمانات المحاكمة المنصفة فى جميع مراحلها.

(٣) القانون الدستورى كعامل فى تنظيم الجهات التى تنهض بالإجراءات الجنائية، وهى القضاء فيحدد ضماناته من حيث الحيدة والاستقلال، والنيابة العامة فيحدد دورها فى الإجراءات الماسة بالحرية.

ومن خلال هذه المحاور يكفل قانون الإجراءات الجنائية الحماية الدستورية للحقوق والحريات.

القسم الأول

الضمانات الدستورية للحقوق والحريات
فى قانون العقوبات

١٣٧ ـ تمهيد

ندرس موضوعات هذا القسم فى ثلاثة أبواب :

يعالج الباب الأول، مبدأ الشرعية الجنائية فنبحث فى فصل أول أساس هذا المبدأ، وانطلاقا من هذا الأساس نبحث فى فصل ثان الاختصاص التشريعى فى المسائل الجنائية فنبين مبدأ انفراد التشريع فى مسائل الحقوق والحريات، ونطاق انفراد التشريع فى تحديد الجرائم والعقوبات، وفى تحديد الإجراءات الجنائية .

ويعالج الباب الثانى، اليقين القانونى الجنائى . فنبحث فى فصل أول أساس مبدأ عدم الرجعية ونطاق الصفات الخاصة فى النصوص الجنائية، ونبحث فى فصل ثان التفسير الدقيق للنصوص الجنائية، ثم نبحث فى فصل ثالث نطاق تطبيق قانون العقوبات، سواء من حيث عدم رجعية قانون العقوبات، أو من حيث رجعية القانون الأصلح للمتهم .

أما الباب الثالث، فيعالج تأسيس التجريم والعقاب على التوازن بين الحقوق والحريات وسائر القيم الدستورية . وفى هذا الباب نبحث فى فصل أول التجريم والعقاب فى ضوء الضرورة والتناسب . ونبحث فى فصل ثان ضمانات الحقوق والحريات فى مواجهة التجريم والعقاب .

الباب الأول

مبدأ الشرعية الجنائية

١٣٨ - تمهيد

وفيما يلى نـدرس أسـاس هـذا المبـدأ سـواء من النـاحيـة الفلسفيـة أو من النـاحيـة الدستورية ، وبعد ذلك نبين مبدأ انفراد التشريع لتحقيق الشرعية ، ثم نحدد نطاق هذا الانفـراد فى تحديـد الجرائم والعقوبـات ، وامتـداد هـذا الانفـراد إلى قواعـد الإجـراءات الجنائية .

الفصل الأول
الأساس الفلسفى والدستورى للمبدأ

١٣٩- نشأته

لم يظهر مبدأ الشرعية الجنائية إلا فى اللحظة التى تحددت فيها سلطات الدولة وانفصلت كل منها عن الأخرى. ففى عهد الملكية المطلقة، كانت أوامر الملك تتمتع وحدها بقوة القانون الذى يكون له سلطة تجريم الأفعال بمطلق إرادته. وفى القرون الوسطى كان القضاة يملكون سلطة تحكمية فى تجريم الأفعال والعقاب عليها دون نص فى القانون، وظل الحال كذلك حتى اشتد نقد الفلاسفة والكتاب لهذا التحكم، وعلى رأسهم مونتسكيو وبيكاريا، كما ظهر مبدأ الفصل بين السلطات للحيلولة دون تحكم الملك والقضاء ولحماية حقوق الإنسان، ونادوا بأن يكون للسلطة التشريعية وحدها حق وضع الجرائم وما يقابلها من عقوبات.

وقد أخذ القانون الإنجليزى بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات منذ أن صدر ميثاق هنرى الأول، ثم تضمنه دستور كلاريندون، وأكده بعد ذلك العهد الأعظم Magna Charta الذى قرر سمو قواعد القانون فى إنجلترا. وجاءت الثورة الفرنسية فأكدت هذا المبدأ فى المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩. وجاء الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٤٨ فنص على المبدأ المذكور. كما تضمنته الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة عام ١٩٥٠ (المادة ٧)، والعهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ (٧١ ت ١٥). وهكذا يبين أن هذا المبدأ يعتبر من حقوق الإنسان ذات الطابع العالمى، وقد أصبح بذلك قيمة من القيم التى يقوم عليها النظام الديمقراطى.

وتأكد هذا المبدأ فى المادة ٦٦/ ٢ من الدستور المصرى. وقد سبقت الشريعة

الإسلاميـة النظم القانـونية الوضعيـة فى إقرار هـذا المبدأ. وجاء ذلك فى قـوله سبحـانه وتعالى: ﴿ومـا كنا معـذبين حتى نبعث رسـولا﴾ (الإسراء: ١٥). ولكن الشريعـة الإسلامية ميـزت بين جرائم الحدود وجرائم التعزير فيما يتعلق بسنـد الشرعية. فجرائم الحدود هى التى حددها الشارع الإسلامى فى نصوص القرآن الكريم والسنة. أما جرائم التعزيـر، فإن الحاكم الذى يتـولى فى وقت واحد وظيفـة التشريع والقضاء، فهـو الذى يبين التجريم وحدوده.

ويتحدد نطاق هذا المبدأ فى كل من الجريمة، والعقوبة، والإجراءات الجنائية.

١٤٠ـ فلسفة المبدأ

يقوم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بصفـة أساسية على دعامتين هما: حماية الحرية الشخصية، وحماية المصلحة العامة.

أما عن حمايـة الحرية الشخصيـة، فقد قـام هذا المبـدأ كعلاج ضـد مختلف صنوف التحكم التى عانت منهـا العدالة الجنـائية ردحا طويـلا من الزمان. فهـذا المبدأ يضع للأفـراد الحدود الواضحة لتجـريم الأفعال قبل ارتكابها، فيبصرهم من خـلال نصوص محددة جليـة لكل ما هـو مشروع أو غير مشروع قبل الإقدام على مبـاشرتها، كما يضمن لهم الأمن والطمأنينـة فى حياتهم، ويحول بذلك دون تحكـم القاضى، فلا يملـك إدانة أحد إلا إذا كانت الجريمـة المنسوبة إلى المتهم والعقاب الـذى يتعرض له؛ سبق النص عليه من قبل فى القانون. وقد عبر عن ذلك بيكـاريا ـ مـؤكدا فى ذلك ما سبق أن قـاله مونتسكيو، فى قوله إن القوانين وحدها هى التى يمكن أن تحدد عقوبات الجرائم، وإن هـذه السلطـة لا يمكن أن يتـولاهـا سـوى المشرع بـذاتـه، الـذى يمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقد الاجتماعى[1]. وهذا الذى نـادى به بيكاريا ليس إلا تطبيقـا لمبدأ انفراد المشرع بتنظيم حماية الحقوق والحريات، على النحو الذى أسلفنا بيانه.

وقد أخذت بعض التشريعـات (فى إيطاليا وأسبانيـا) بمبدأ الانفراد المطلق للتشريع الجنائى، وأصبح من معالم الشرعية الجنائيـة وجوب تطوير التدخل التشريعى بعمق فى

---

(١) Beccaria, Des délits et des peines, Librarie Dalloz, Genéve,1965, P.q

المسائل الجنائية ، وعدم إعطاء مكان للائحة فى هذا الصدد إلا فى حدود يسيرة للغاية[١].

ولهذا ، فإن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات تلتزم به الدولة القانونية ـ خلافا للحال فى الدولة البوليسية ـ حيث يضمن القانون احترام الحقوق والحريات للأفراد فى مواجهة الدولة .

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى فى قولها بأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، وإن اتخذ من ضمان الحرية الشخصية بنيانا لإقراره وتوكيده ، إلا أن هذه الحرية ذاتها هى التى تقيد من محتواه ، فلا يكون إنفاذ هذا المبدأ لازما إلا بالقدر وفى الحدود التى تكفل صونها[٢] .

أما حماية المصلحة العامة ، فتتحقق من خلال إسناد وظيفة التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية إلى المشرع وحده ، تطبيقا لمبدأ انفراد المشرع بالاختصاص فى مسائل الحقوق والحريات ، باعتبار أن القيم والمصالح التى يحميها قانون العقوبات لا يمكن تحديدها إلا بواسطة ممثلى الشعب . وهو ما عبرت عنه المحكمة الدستورية العليا فى قولها بأن القيم الجوهرية التى يصدر القانون الجنائى لحمايتها ، لا يمكن بلورتها من خلال السلطة التشريعية التى انتخبها المواطنون لتمثيلهم ، وأن تعبيرها عن إرادتهم يقتضيها أن تكون بيدها سلطة التقرير فى شأن تحديد الأفعال التى يجوز تأثيمها وعقوباتها ، لضمان مشروعيتها[٣]. وعلى هذا النحو يعرف المواطنون سلفا القيم والمصالح التى ينبنى عليها المجتمع والتى يحميها قانون العقوبات مما يسهم فى تنمية الروح الاجتماعية ويحقق التماسك الاجتماعى[٤] .

ومن ناحية أخرى ، فإن النواهى والعقوبات التى تتضمنها نصوص قانون العقوبات

---

(١) انظر : I. Tremeau, op. cit, P.256

(٢) Christine Lzerges, Le principe de légalité des délits et des peines; Delits et libertés fon-damentaux, Dalloz,1996, P.328.

(٣) دستورية عليا فى ٢٢ فبراير عام ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٠ فى ٦ مارس سنة ١٩٩٧ .

(٤) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات (القسم العام) طبعة ١٩٩٦ ، ص ٣٢ ، ودستورية عليا فى ٢٢ فبراير عام ١٩٩٧ السابق الإشارة إليه .

تسهم فى تحقيق الردع العام، فكما يقول مونتسكيو إن فاعلية العقوبة تقاس بمقدار خشية العقاب التى تقاس بدورها بمقدار التأكد من توقيع العقوبة والإحاطة بها سلفا[1].

١٤١ـ الانتقادات التى وجهت إلى مبدأ الشرعية الجنائية

تعرّض مبدأ الشرعية الجنائية إلى عدة انتقادات خلال القرن التاسع عشر نبعت من تأثير المدرسة الوضعية فى علم الإجرام وتأثرت بعد ذلك ببعض التيارات السياسية والمذاهب الشمولية. وتتلخص هذه الانتقادات فى عجز المشرع عن إعطاء تعريف كامل وكاف للجرائم، مما يسمح بإفلات عدد من الأفعال غير الأخلاقية والخطرة التى لم ينص عليها التشريع صراحة، وهو ما يؤدى بالتشريع الجنائى إلى أن يصبح قانون الأشرار الذين يستطيعون تدبير نظم حياتهم على هامش التشريع دون الوقوع فى براثنه. ولهذا يرى أصحاب هذا الاتجاه التخفيف من حدة مبدأ الشرعية، وإضفاء المرونة على التجريم، والسماح بالتفسير عن طريق القياس، حتى لو تطلب الأمر العدول عن هذا المبدأ.

وساق أصحاب هذا الرأى تأييدا لانتقادهم حجة تقول بأن التجريم والعقاب الذى يتولاه المشرع لا يراعى شخصية المجرم، وأن هناك أشخاصا خطرين من الملائم احتجازهم وإبعادهم عن المجتمع قبل ارتكاب الجريمة لمدة غير محددة سلفا بواسطة التشريع أو القاضى حتى تزول عنهم خطورتهم.

وقد لقى هذا الانتقاد تجاوبا مع تشريعات الدول التسلطية مثل ألمانيا النازية، والاتحاد السوفييتى (سابقا) قبل عام ١٩٥٩ وإيطاليا فى العهد الفاشى فى حدود معينة. وقد قوبل هذا التراجع عن الشرعية بقلق شديد من جميع المناصرين للشرعية وتجلى رد أفعالهم بوضوح فى المؤتمر الدولى الرابع لقانون العقوبات المنعقد فى باريس عام ١٩٣٧ والمؤتمر الدولى للقانون المقارن المنعقد فى لاهاى فى ذات العام، حيث أكد المؤتمران فى مواجهة أعداء الشرعية القيمة الأساسية للشرعية فى المسائل الجنائية[2].

---

(١) انظر: Saint - Hillaire, La crise du principe de la légalité, Cours de doctorat, La Caire, 1966, p.38.

(٢) Ancel, Apropos de quelques discussions récentes pour la régle Nulla poena sine lege, Rev. Sc. Crim., 1973, p.670.

وانظر فى ذات العدد من مجلة العلم الجنائى ص ٧٥٠ و ٧٥٥ معلومات عن نتائج هذين المؤتمرين.

ولاشك أن هـذه الانتقادات تعبر فى ذاتها عـن الفكر المعـادى للحـرية وغيرهـا من حقوق الأفراد، فالمناداة بمعاقبة الخطرين لمجرد حالتهم النفسية الخطرة دون الإتيان بأى فعل مادى، يعبر فى ذاتـه عن خطر التحكم والمسـاس بالحريـات دون جريـرة ارتكبها أصحابها، كما أن إنكار الشرعية يطلق العنان لتحكم القضـاة فى تحديد ما يعتبر جريمة بعيـدا عن حكمة المشرع الـذى يوازن بين حقـوق الفـرد وحقوق المجتمع، ويعـرضهم للخضوع فى هـذا التحديـد للاتجاهـات السياسيـة. وقد لـوحظ أن معـاداة الشرعية لم تقتصر على جانب قانـون العقوبات فحسب، بل امتدت كذلك إلى قـانون الإجراءات الجنائية حيث اتجهت بعض التشريعات إلى إنشاء محاكم استثنائية لا تستند إلى القانون، وإلى اتخاذ إجراءات استثنائية بقرارات إدارية. وهو ما يعرض الحقوق والحريات لأخطار تحكم الإدارة.

١٤٢ـ الأساس الدستورى لمبدأ الشرعية

يتمتع مبدأ شرعيـة الجرائم بقيمة دستوريـة. وقد أكد الدستـور المصرى عام ١٩٧١ صراحة ومباشرة هـذا المبدأ فى المادة ٦٦ منه، ومن قبله أكـده دستور عام ١٩٢٣ (المادة السـادسة). وتمتـد جذور هـذا المبـدأ إلى متطلبات سيـادة القـانون وديمقـراطية نظـام الحكم. ومن ثم، فإن اعتباره مـن مقومات الشرعيـة الدستوريـة لا يستند فحسب إلى صريح نص المادة ٦٦ من الـدستور، بل يعتمـد كذلك على مـا نص عليه الـدستور فى المادة ٦٤ من أن سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة، وما نص عليه فى المادتين ٢ و٤ من الدستـور بشأن ديمقراطية نظام الحكم. كما يستخلص هـذا المبدأ كذلك مما قـررته المادة ١٨٧ من الدستور من أن الأصل فى أحكام القوانين هو سريانها اعتبارا من تاريخ العمل بها[1]. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر مضمون هذا المبدأ وأعلت قيمته الدستورية فى عدد من أحكامها[2].

---

(١) دستورية عليا فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٠ فى ٦ مارس سنة ١٩٩٧.

(٢) دستورية عليا فى ٩ مايو سنة ١٩٨١ فى القضية رقم ٥ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، والقضايا ١ و ٢ و ٣ لسنة ١ قضائيـة «دستورية» و ٢٧ لسنة ٢ قضائيـة «دستورية»، ١٥ مايـو سنة ١٩٨٢ فى القضية رقم ٣٩ لسنة ٣ قضـائية «دستورية»، مجمـوعة أحكام الدستـورية العليا جـ٢ ص ٤٥، ٤ إبـريل سنة ١٩٨٧ فى القضية رقم ٤٩ لسنـة ٦ قضائية «دستورية»، المجمـوعة السابقة جـ٤ ص ١٩، ١٦ إبريل ١٩٩١ فى =

وعلى الرغم من عـدم النص على هذا المبدأ فى الـدستور الفرنسى القديم، فقـد أكد الفقـه الجنـائى قيمته الـدستـوريـة على أساس أنـه جـزء من القـانون العـام العـرفى فى فرنسا[1]. وهو قـانون أسمى من التشريع ذاته لا يمكن المساس بـه. كما انتهى العميد ديجيه إلى النتيجـة ذاتها اعتمادا على أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعـام ١٧٨٩ قد أكد قيمـة الدستوريـة مع جميع المبادئ المترتبـة عليه[2]. وجـاء كل من دستورى عـام ١٩٤٦ وعـام ١٩٥٨ فأكد بصفـة رسمية فى مقـدمـة كل منهما أن إعلان عـام ١٧٨٩ سالف الذكر يحتل مكانا رفيعا فى قمة البناء القانونى الفرنسى، ويأخذ موقع القلب من «الكتلة الدستورية» التى تحتوى على الحقوق والحريات التى تتمتع بالقيمة الدستورية. وقـد أكد المجلس الـدستورى الفـرنسى، منذ حكمـه الهام الصادر فى ١٦ يـوليو عـام ١٩٧١، هذا المعنى ومارس رقابته الدستورية السابقة للتحقق من مطابقة التشريع لهذا المبدأ الدستورى[3].

وننبه إلى أنه على الرغم من الطابع الدستورى لمبدأ الشرعية، إلا أن القاضى الجنائى الفرنسى لا يستطيع استبعـاد قانون يـرى أنه يصطـدم مع هذا المبدأ، لأنـه ليس مختصا بالفصل فى دستـورية القوانين، ولا يجوز له أن يمارس الدور الـذى يضطلع به المجلس الدستورى ويمارسه قبل إصدار القوانين.

ويتكامـل هذا المبدأ مـع عدة مبادئ دستـورية أخـرى هى مبدأ المـساواة، وأصل افتراض البراءة فى المتهـم، ومبدأ المحـاكمة المنصفـة. وتسهـم كل هذه المبـادئ فى تحديد نطاق التجريـم والعقاب الذى يتم طبقا لشرعية الجرائم والعقوبات[4].

= القضية رقم ٢١ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٤ ص ٣٢٤، وفى القضية رقم ١٧ لسنة ١١ قضائيـة «دستورية»، المجموعـة السابقة جـ٤ ص ٣١١، ٧ مـارس ١٩٩٢ فى القضية رقم ٤٣ لسنة ٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٥ (المجلد الأول) ص ٢٤٠.

(١) Garcon, C. pen annoté I, Art 4, No.34; Garroud, Traité, pén, I, No.125.

(٢) Dugit, Tr. Droit constitutionnel, II, No.998.

(٣) 71-49 Dc 16 Juilliet. 1971, Rec. No.29.

(٤) انظر بـوجه خاص قـرارات المجلس الدستورى فى ١٩ و ٢٠ ينايـر سنة ١٩٨١ بشأن قانـون الأمن والحرية "Securité et liberté" الصادر فى ٢ فبراير سنة ١٩٨١.

(127 Dc 19-20 Janv, 1981, D.,1982-441).

الفصل الثـــانى
الاختصاص التشريعى فى المسائل الجنائية

١٤٣ـ تمهــــيد

يعتمد الاختصاص التشريعى فى المسائل الجنائيـة على أصل دستورى هو مبدأ انفراد التشريع بالاختصاص فى مسائل الحقوق والحريـات . وينبنى على هذا الأصل نطاق هذا الانفراد فى تحديد الجرائم والعقوبات ، وفى تحديد الإجراءات الجنائية .

وفيما يلى نعالج هذه المسائل فى ثلاثة مباحث متعاقبة .

المبحث الأول
مبدأ انفراد التشـــريع بالاختصاص
فى مسائل الحقـوق والحريات

١٤٤ـ انفراد التشريع فى إطار مبدأ الشرعية

أوضحنا فيما تقدم أن مبـدأ الشرعية يعتمد على السلطة التشريعيـة فى تحديد الجرائم والعقـوبـات، وذلك بـاعتبـار أن هـذه السلطــة تمثل المجتمع بأسره بمقتضى العقـد الاجتماعى.

فلقد جـاء مبدأ الشرعية ثمرة لكفـاح بين السلطة والفرد، فقد عـاشت المجتمعات فترة طويلـة تستأثر فيهـا الطبقات الحاكمة بجميع السلطـات، واتسم القرنـان الثامن عشر والتاسع عشر بسيطرة الطبقة الأرستقراطية والبورجوازية من أجل الاحتفاظ بجميع السلطـات فى يدهـا، وأدى فى النهايـة إلى وقوع صـدام بين البرلمان وبين الحكومـة، ثم أسفر الصراع فى النهاية إلى تأكيـد سيادة الشعب، واستئثار البرلمان بسلطته فى التشريع فى كل ما يتعلق بـالحقوق والحريات. وقد عبر عـن ذلك كاريه دى مالبيرج فى قـوله إن سيادة البرلمان تنبع من سيادة الشعب.

وقد أسفـر هذا التطور عن مبـدأ هام هو سيادة القـانون بما فى ذلك الدستـور، وهو السمة المميزة للـدولة القانون، للحيلـولة دون تحكم السلطة وانحرافهـا. وفى إطار هذا المبدأ كان يتعين تحديـد دور السلطة التشريعية بالمقـارنة بدور السلطة التنفيـذية؛ فكل منهما يملك سلطـة إقرار قـواعـد قـانونيـة الأولى فى صـورة التشريع والثـانية فى صـورة اللوائح. إلا أن تـوزيع الاختصاص بين هاتين السلطتين فى مجال القـواعد القانـونية لا يتم إلا فى إطـار مبـدأ الشرعيـة أى سيـادة القانـون. فـوفقـا لهذا المبـدأ يخضع الجميع للقانون، فجميع السلطات تخضع للدستـور، والسلطة التنفيذية تخضع أيضا فيما تسنه من لوائح للتشريعات التى تقرها السلطة التشريعيـة. ومن هنا كان التدرج بين القواعد

القانونية سمة من سمات الشرعية أى سيادة القانون . فالسلطة التشريعية تلتزم باحترام القواعد الدستورية و ما يتطلبه الالتزام بما تضمنته هذه القواعد بشأن الحقوق والحريات بضمانها فيما تقرره من تشريعات ، والسلطة التنفيذية تلتزم بتمكين الأفراد من ممارسة حقوقهم وحرياتهم العامة فى مواجهتها وكفالة احترامها[١] .

فإذا كانت الحقوق والحريات تتم مباشرتها فى مواجهة السلطة التنفيذية ؛ فإن السلطة التشريعية مكلفة باسم الدستور بكفالة هذه الحقوق والحريات . وذلك لعلة واضحة هى أن السلطة التشريعية تتم ممارستها بواسطة ممثلى الشعب صاحب السيادة . لهذا كان طبيعيا أن يستأثر التشريع الصادر عن هذه السلطة بضمان الحقوق والحريات ، وهو ما يعرف بمبدأ انفراد التشريع "La réserve de loi" . ويتفق ذلك مع أفكار لوك Locke التى تقوم على أن اجتماع أعضاء المجتمع (أى البرلمان) يكمن فى ضرورة حماية «الحرية» و «الملكية» ، ومن ثم فإن كل تشريع يعالج هذه المسائل يتطلب موافقة أطراف العقد الاجتماعى ، ولا شك أن هذه النظرية قد أقامت علاقة وثيقة بين انفراد التشريع وحماية الحقوق والحريات ، فأكدت أن كل تدخل يتعلق بالحرية يجب أن يكون من عمل المشرع ، أى صادرا بموافقة ممثلى أصحاب الحقوق والحريات . وقد أكد الفقه الألمانى هذه العلاقة الوثيقة بين الحقوق ومبدأ انفراد التشريع[٢] . وقد عبر عن ذلك المجلس الدستورى الفرنسى فى عبارة قصيرة أدخلها فى أسباب قراره الصادر فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٧٣ ، تقول بأن سلب الحرية يتعلق بالمشرع[٣] .

١٤٥- ماهية مبدأ انفراد التشريع

أوضحنا أن مبدأ انفراد التشريع يعنى اختصاص المشرع وحده بمعالجة المسائل التى تدخل فى اختصاصه . ويعنى هذا المبدأ أن السلطة التنفيذية لا تملك من خلال اللوائح معالجة المسائل التى تدخل فى اختصاص المشرع وحده . ومن ناحية أخرى ، يعنى هذا المبدأ أن المشرع لا يملك أيضا الإفلات من مسئوليته فى معالجة هذه المسائل وتوفير

---

(١) Térâme; La réserve de loi, Economica, 1997, p.16.

(٢) انظر:

J. Tremeau, op. cit., p.26.

(٣) "la privation de liberté reléve de la loi" Cons. const. 28 Novembre1973, D.1974.269.

الضمانـات لممارسـة الحقـوق والحريـات، على أن ذلك المبـدأ لا يصـادر حق السلطـة التنفيذية من خلال اللوائح فى تنظيم وتنفيذ ما أقره المشرع .

ويتعين التمييز بين مبـدأ «انفراد التشريع»، ومبدأ «أولـوية التشريع» (Préference de loi) . فهـذا المبـدأ الأخير يسمح بتكييف قيمـة التشريع فى إطـار تدرج القـواعـد القانونية، بخلاف المبدأ الأول، فإنه يحدد المجال الذى يعمل فيه التشريع منفردا . فبينما يحدد مبـدأ انفراد التشريع الموضـوعـات التى يستأثـر التشريع وحـده بمعالجتهـا، فإن أولويـة التشريع يحدد مكانتـه بالنظر إلى غيره من القـواعد القـانونيـة التى لم تصدر عن السلطة التشريعيـة . وكلا المبدأين ـ كما هـو واضح ـ مختـلفان، فـانفراد التشريع يحدد اختصـاص المشرع، بينما تحدد أولويـة التشريع مكانتـه بـالنسبة إلى القـواعد القـانونيـة اللائحية من منظور تدرج القواعد القانونية فى إطار نظام قانونى واحد .

ويهدف مبدأ (انفـراد التشريع) إلى أن يكون تنظيم ممارسة الحقـوق والحريات ورسم حدودها بواسطة ممثلى الشعب، والحيلولة دون تدخل السلطة التنفيذية فى المساس بهذه الحقوق والحريات دون موافقة السلطـة التشريعية الممثلة للشعب سلفا . فالتشريع على هذا النحو هو السند الذى يتوقف عليه تنظيم ممارستها ورسم حدودها . إنه هو التعبير عن موافقة الشعب من خلال النظام النيابى عما يمكن القيام به فى مجال يتعلق به وحده وهو الحقـوق والحريات . إنه لا يعنى أكثر من منـع تدخل السلطة التنفيذيـة من تلقاء نفسها وبغير إذن من المشرع فى هذا المجال، فعندما يتعلق الأمر بتعيين الحدود التى تتم فيها ممارسة الحقوق والحريات فثمة سلطـة واحدة فى الدولة هى المختصة بذلك أصلا، هذه السلطة هى السلطة التشريعية . وفى هذا الشـأن ذهبت المحكمة الدستورية العليا فى مصر إلى أن الأصل فى سلطة المشرع فى موضـوع تنظيم الحقوق هو إطلاقهـا، باعتبار أن جـوهـر تلك السلطـة هو المفـاضلـة التى يجريها بين البـدائل المختلفـة التى تتصل بالموضوع محل التنظيم التشريعى، موازنا بينها، مرجحا ما يراه أنسبها لفحواه، وأحراها بتحقيق الأغراض التى يتوخاها، وأكفلها لأكثـر المصالح وزنا فى مجال إنفاذها . وليس ثمة قيد على مباشرة المشرع لسلطته هذه، ما لم يكن الـدستور قد فرض فى شأن ممارستها ضوابط محددة[1] .

---

(١) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» .

١٤٦ـ نطاق انفراد التشريع

والتشريع باعتباره صادرًا من أقدر السلطات على استجلاء جوانب الصالح العام، والتعبير عن مقتضياته ـ لارتباط هذه السلطة بإرادة الشعب ـ هو الذى يمكن أن يضمن التوازن بين الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة. وهو إذ يفعل ذلك لا يجوز أن ينال من تلك الحقوق والحريات بما يقلص من محتواها، أو يجردها من خصائصها أو يقيد من آثارها، وإلا كان هذا التنظيم مخالفا للدستور[١]. وفى هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا: إن الأصل فى سلطة المشرع فى مجال تنظيم الحقوق، أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها، وتكون تخوما لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها، وكان الدستور إذ يعهد إلى السلطة التشريعية بتنظيم موضوع معين، فإن ما تقره من القواعد القانونية فى شأن هذا الموضوع، لا يجوز أن ينال من الحقوق التى كفل الدستور أصلها، سواء بنقضها أو بانتقاصها من أطرافها، ذلك أن إهدار هذه الحقوق أو تهميشها عدوان على مجالاتها الحيوية التى لا تتنفس إلا من خلالها، ولا يجوز بالتالى أن يكون تنظيم هذه الحقوق اقتحاما لفحواها، بل يتعين أن يكون منصفا ومبررا [٢]. وأكدت فى حكم آخر لها بأنه إذا كفل الدستور حقا من الحقوق، فإن القيود عليه لا يجوز أن تنال من محتواه، إلا بالقدر، وفى الحدود التى ينص عليها الدستور[٣].

وفى هذا المعنى، قضت محكمة النقض[٤] أن مؤدى المادة ١/٤١ من الدستور أن أى قيد يرد على الحرية الشخصية بوصفها حقا طبيعيا من حقوق الإنسان، يستوى فى ذلك أن يكون القيد قبضا أو تفتيشا أو حبسا أو منعا من التنقل أو كان دون ذلك من القيود،

---

(١) دستورية عليا فى ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢٧ ص ٤٧٠.

(٢) دستورية عليا فى ٦ إبريل سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٠ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٣٣ ص ٥٥١.

(٣) دستورية عليا فى ١٥ إبريل سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام بند ٥٠ ص ٤٢٣ الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٤١ ص ٦٣٧.

(٤) نقض ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣، مجموعة الأحكام س٤٤ رقم ١١٠ ص ٧٠٣. وفى ذات المعنى، نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٥ س٢٦ رقم ١٨٨ حيث قضت محكمة النقض بأن المادة ٤١ من الدستور نسخت ضمنا المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية.

لا يجوز إجراؤه إلا فى حالة من حالات التلبس كما هو معروف قانونا ، أو بإذن من السلطات القضائية المختصة ، ولا يغير من ذلك عبارة (وفقا لأحكام القانون) التى وردت فى نهاية تلك المادة ، بعد إيرادها الحالتين اللتين يجوز فيهما القبض والتفتيش على السياق المتقدم ، لأن هذه العبارة لا تعنى تفويض الشارع العادى فى إضافة حالات أخرى تتيح القبض على الشخص وتفتيشه ، والقول بغير ذلك يفضى إلى إمكان تعديل نص وضعه الشارع الدستورى بإرادة الشارع القانونى وهو ما لا يفيده نص المادة ٤١ من الدستور، وإنما تشير عبارة (وفقا لأحكام القانون) إلى الإحالة إلى القانون العادى فى تحديد الجرائم التى يجوز فيها صدور الأمر بالقبض على الشخص وتفتيشه ، وبيان كيفية صدوره إلى غير ذلك من الإجراءات التى يتم بها القبض والتفتيش . واستخلصت محكمة النقض بناء على ما تقدم أن ما قضى به الدستور فى المادة ٤١ منه من عدم جواز القبض والتفتيش فى غير حالة التلبس إلا بأمر يصدر من القاضى المختص أو النيابة العامة وفقا لأحكام القانون ، يكون حكما قابلا للإعمال بذاته ، وأن ما نصت عليه المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية من تخويل مأمور الضبط القضائى الحق فى تفتيش الشخص إذا ما قامت ضده فى أثناء تفتيش منزل المتهم قرائن قوية على أنه يخفى معه شيئا يفيد فى كشف الجريمة دون أن يصدر أمر قضائى ممن يملك سلطة إصداره أو أن تتوافر فى حقة حالة التلبس يخالف حكم المادة ٤١ من الدستور على السياق المتقدم ، مما يجعل المادة ٤٩ من قانون الإجراءات الجنائية تعتبر منسوخة ضمنا بقوة الدستور نفسه منذ تاريخ العمل بأحكامه دون تربص إصدار قانون أدنى ولا يجوز الاستناد إليها فى إجراء القبض والتفتيش منذ ذلك التاريخ .

وقد كان مجلس الدولة المصرى [1] سباقا إلى إعلاء مبدأ انفراد التشريع فى مسائل الحقوق والحريات ، إذ قضت محكمة القضاء الإدارى فى باكورة أحكام مجلس الدولة فى حكم شهير لها بأن الحريات العامة فى مصر، إذا أجاز الدستور تقييدها ، فإنها لا تقيد إلا بتشريع . وهذا هو أيضا المبدأ الذى انعقد عليه إجماع رجال الفقه الدستورى ، فقد قرروا أن ضمانات الحقوق هى نصوص دستورية تكفل لأبناء البلاد تمتعهم بحقوقهم الفردية ، وهى تسمو إلى مرتبة القوانين الدستورية ، فتكون معصومة لا سلطان للمشرع

---

(١) انظر حكم محكمة القضاء الإدارى فى ٢٦ يونية سنة ١٩٥١ ، مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارى س٥ بند ٣٥٧ ص ١٠٩٩ ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محاكم مجلس الدولة ، والحقوق والحريات العامة .

عليها، إلا إذا أجاز الدستور تنظيمها بنص خاص، وفى هذه الحالة يتعين أن تكون القيود التى ترد عليها قيودا تقررها القوانين[١].

وخلاصة ما تقدم، فإن منطقة تنظيم الحقوق والحريات محرمة على غير المشرع، متروكة له وحده لكى ينفرد بها باعتباره ممثلا لإرادة الشعب. ويمارس انفراده هذا فى حدود الدستور.

وقد تطورت فكرة انفراد التشريع لكى تتسع بعد ذلك لمناطق أخرى مثل تنظيم السلطات العامة[٢]. ومن ناحية أخرى، فإن هذا الانفراد لا يقتصر على مناطق معينة عن طريق التدخل، وإنما يتطلب أن يتمثل هذا التدخل فى صورة قواعد قانونية لتنظيم المنطقة المحجوزة للمشرع. ويلتزم المشرع فى ممارسة سلطته التى يستأثر بها أن يفعل ذلك بالكيفية التى حددها الدستور وعهد بها إليه، مما يتطلب أن يكون التنظيم مستهدفا تحقيق المقاصد التى عبر عنها الدستور.

وقد عنى الدستور الفرنسى (١٩٥٨) بتحديد الحالات التى ينفرد بها التشريع، وميز فى هذا النطاق بين القواعد régles والمبادئ الأساسية Principes fondamentaux، فنص على أن التشريع يحدد القواعد المتعلقة بالحقوق المدنية والضمانات الأساسية للمواطنين فى ممارسة الحريات العامة، وتحديد الجرائم والعقوبات، والإجراءات الجنائية، والعفو عن الجرائم، وإنشاء درجات المحاكم، والنظام الأساسى للقضاة، مع غير ذلك من الموضوعات. ونص الدستور الفرنسى على أن التشريع يحدد المبادئ الأساسية للتنظيم العام للدفاع الوطنى، والتعليم، ونظام الملكية، والحقوق العينية، والالتزامات المدنية والتجارية، مع غيرها من موضوعات. وفى ضوء ذلك عنى المجلس الدستورى الفرنسى بتقرير أن اللائحة تُعمل "misen oeuve" أى تنفذ القاعدة التى تضمنها التشريع[٣]، وأنها تضع وسائل تطبيق "modalités d'application" المبادئ الأساسية التى يحددها التشريع[٤].

وتخضع السلطة التشريعية فى هذه الممارسة ـ كما بينا من قبل ـ لرقابة المحكمة

---

(١) انظر الدكتور فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصرى فى حماية الحقوق والحريات العامة ١٩٨٨ جزء أول ص ١٨٧ و ١٨٨.

(٢) I.Tremeau, op. cit., p.37.

(٣) Français Luchaire, Le constituionnel t. III, 1999,no. 335, p. 185.

(٤) Dés. du aôut 1985, Recueil juis const., p. 234.

الدستورية العليا . وانفراد التشريع بمنطقة معينة يعتبر مسئولية على عاتق السلطة التشريعية لا مجرد رخصة لها .

وفى ضوء كل ما تقدم يمكن التعبير عن مظاهر انفراد التشريع فى ثلاثة أمور: أولها ، أن هذا الانفراد يتعلق بالحقوق والحريات وغيرها من المجالات التى يحددها الدستور. ثانيها ، أنه يتحدد بأهداف معينة عبر عنها الدستور ولا يجوز للسلطة التقديرية للمشرع أن تتجاوزها أو تنحرف عنها فى الكيفية التى يباشر فيها اختصاصه الفريد . وثالثها ، أنه انفراد مانع ، يحول دون مشاركة السلطة التنفيذية فيه عن طريق اللوائح إلا فى الحدود التى ينص عليها التشريع طبقا للدستور.

ومع ذلك ، فإن انفراد التشريع كمبدأ عام ليس مطلقا ، فقد جعل الدستور هذا الانفراد نسبيا فى حدود معينة ، كما سنبين فيما بعد .

١٤٧ـ التمييز بين الانفراد التشريعى المطلق والانفراد التشريعى النسبى

ميز جانب من الفقه الإيطالى بين نوعين من الانفراد التشريعى ، انفراد مطلق "ab - solue" ، وآخر نسبى "relative" . كما ميز من ناحية أخرى بين الانفراد العادى والانفراد المدعم "renforcée" .

أما التمييز بين الانفراد المطلق والانفراد النسبى ، فإنه يتحدد بالنظر إلى العلاقة بين التشريع واللائحة ، فى ضوء مدى التزام المشرع وحده بتنظيم المسائل التى تدخل فى اختصاصه ومدى قدرته فى أن يعهد بجزء منها إلى السلطة التنفيذية . فيكون الانفراد مطلقا إذا ما التزمت السلطة التشريعية وحدها بالتنظيم المتكامل للمسألة التى تدخل فى اختصاصها ، مع استبعاد أية إمكانية لتدخل السلطة التنفيذية من خلال اللوائح فى هذا الشأن ، بحيث يكون التشريع هو المصدر الوحيد فى هذه المسألة . أما الانفراد النسبى ، فيكون عندما ينظم المشرع العناصر الأساسية للمسألة التى تدخل فى اختصاصه ، مقتصرا على وضع القواعد العامة والأسس الرئيسية لها تاركا للسلطة اللائحية مهمة معالجة نقاط محددة فى هذا الشأن . ويكفى فى هذه الحالة أن يضع التشريع الإطار الذى تمارس فيه السلطة التنفيذية سلطتها اللائحية[1] .

(١) انظر: Jérôme Tremeau, op. cit., p.47.

وفى الانفراد التشريعى النسبى يخضع العمل اللائحى لما عبر عنه التشريع من قواعد تغطى المنطقة التى ينفرد بتنظيمهـا ، فتلتزم بها السلطة اللائحية فيما تضعـه من قواعد. وفى هذا الانفراد النسبى لا يمكن للوائح إلا أن تكـون بناء على التشريع . ذلك أن مبدأ انفراد المشرع يعنى وبغير استثناء أن التشريع وحده هو الـذى يحدد القواعد الأساسية، وتلتزم السلطـة اللائحية بـاحترامها وبعدم استحـداث قواعد جـديدة خارج إطـار ما حدده التشريع من قـواعد أساسية، ممـا مقتضاه أنه لا يجوز للائحـة التنفيذية أن تجرى تعديلا أو تعطيلا للتشريع أو إعفاء مـن تنفيذ بعض أحكامه، وإنما يقتصر دورها على التنظيم الـلائحى للتشريع فى الحدود التى رسمهـا الـدستـور فى شأن اللوائح الـلازمـة لتنفيذ القوانين[1] .

ويلاحظ أن الانفراد المطلق للتشريع يعنى أن التشريع يقدم تنظيما متكاملا للمسألة التى يعالجها أكثر مما هو عليه فى حالة الانفراد النسبى. على أن الانفراد المطلق لا يحول دون تقيد المشرع بأحكام الدستور. وواقع الأمر، أن هذا التمييز لا طائل تحته، ذلك أن الانفراد المطلق لا يحول دون قيام السلطـة التنفيذية بتنفيذ القـوانين من خلال اللوائح. فـالتنظيم الـلائحى التنفيذى للقـوانين لا يمس طـابع الانفـراد المطلق للتشريع، لأن الـلائحة لا تـزاحم التشريع فى اختصاصه، وإنما يقتصر دورهـا على تنفيذ مـا أمر بـه التشريع . وقـد عبر عـن ذلك الفقيـه Kelsen فى قـولـه بـأن المظهـر التطبيقى للعمل اللائحى يجب أن يخضع إلى نحـو كبير لما استحدثـه التشريع من قواعـد، وإلا فقدت اللائحة مشروعيتها إن هى تدخلت فى مسألة تخضع للانفراد التشريعى المطلق. ولهذا، فإنه من المقـرر أن اللائحـة التنفيذية يجب أن تحدد مسـارها فى تنفيـذ التشريع بمعالجة المسائل ذات الطابع الفنى لتنفيذ إرادة المشرع وتوجهاته السياسية[2].

أمـا التمييـز بين الانفـراد العـادى والانفـراد المدعم فينصرف إلى نطـاق التحـديـد الدستـورى لهذا الانفراد، ففـى حالة الانفـراد العادى يعهـد الدستـور للمشرع بتنظيم مسألة معينة دون ضوابط محددة فيطلق بذلك نطـاق السلطة التقديرية للمشرع بخلاف

---

(١) انظر فى هذا المعنى دستورية عليا فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٨ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليـا جـ٦ قاعدة رقم ٣٣ ص ٤٧٣، ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ١٨ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستور العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢٣ ص ٤٢٤ .

(٢) انظر: Jerême Tremeau, op. cit., p.51,52.

الحال فى حالة الانفراد المدعم، فإن الدستور يحدد معنى ومضمون التنظيم المتروك للمشرع. وبعبارة أخرى، فإن المشرع فى مزاولته لاختصاصه لا يراعى فقط النطاق العام الذى حددته القواعد الدستورية فى مجموعها، وإنما عليه أيضا مراعاة القواعد أو الضوابط التى وضعها الدستور خصيصا لتحديد إطار انفراد التشريع فى مسألة معينة. مثال ذلك ما نص عليه الدستور الإيطالى فى المادة ١٦/ ١ بشأن حرية انتقال المواطنين داخل إقليم الدولة (مع مراعاة القيود التى يضعها التشريع بصفة عامة لأسباب متعلقة بالسلامة والأمن). وكذلك الشأن ما نص عليه الدستور المصرى فى المادة ٤١/ ١ من أنه لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، وما نصت عليه المادة ٤٨ من الدستور المصرى من أنه يجوز استثناء فى حالة إعلان الطوارئ أو زمن الحرب أن يفرض على الصحف والمطبوعات ووسائل الإعلام رقابة محددة فى الأمور التى تتصل بالسلامة العامة أو أغراض الأمن القومى، وذلك كله وفقا للقانون.

١٤٨ـ نطاق الانفراد التشريعى وفقا للدستور المصرى:

من المقرر وفقا للمبادئ العامة للدستور، أن النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات هى خطاب من الدستور موجه إلى المشرع لا إلى السلطة التنفيذية. ومع ذلك فقد عنى الدستور فى كثير من المواد أن يوجه خطابه إلى القانون بمعنى التشريع لكى يحدد إطار ممارسة الحق أو الحرية التى يقررها الدستور؛ كما هو واضح فى المواد ٤١ و٤٤ و٤٥ و٤٨ و٥٠ و٥٤ و٥٥ و٥٨ و٦٢ و٦٦ و٦٩ و٧٠ و٧١ من الدستور.

والمشرع إذ يستأثر وحده منفردا بتحديد نطاق ممارسة الحقوق والحريات التى يحميها الدستور، فإن هذا الاستئثار أو الانفراد لا يغل يد السلطة التنفيذية فى تنفيذ القوانين. فالسلطة التشريعية تضع القواعد القانونية المنظمة للمسائل التى عهد بها إليها الدستور. أما السلطة التنفيذية فإنها تنفذ ما حدده التشريع. وقد عبرت عن ذلك المادة١٤٤ من الدستور فيما نصت عليه من أنه يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره فى إصدارها. ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه. كما نصت المادة ١٤٥ من الدستور على أن يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط.

وفى ضوء ما تقدم يوجد نوعان من اللوائح التنفيذية من حيث صفة مصدرها؛ نوع يعتمد مباشرة على الدستور الذى نص على سلطة رئيس الجمهورية فى إصدار اللوائح التنفيذية، وله أن يفوض غيره فى إصدارها (المادة ١٤٤/ ١)، ونوع آخر يعتمد على نص القانون (أى التشريع) فى تحديده من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه (المادة ١٤٤/ ٢)، ومع ذلك فإن هذا النوع الآخر يعتمد كذلك على سند دستورى فى تخويل هذا الحق للتشريع.

وكل هذه اللوائح ليست إلا تنفيذا لما ينص عليه التشريع، فلا تزاحمه فى اختصاصه الذى ينفرد به طبقا للدستور. ومن ثم فلا يجوز أن تتخطى الحدود التى رسمها التشريع أو أن يتدخل فى تنظيم ممارسة حق أو حرية لأنها منطقة يستأثر بها المشرع وحده، وبناء على ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه لا يجوز للسلطة التنفيذية أن تمد نطاق سريان أحكام الباب الثانى من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم أعمال البناء على غير النطاق المكانى المحدد فى هذا الباب، وإلا كان عملها منتحلا سلطة التشريع وصادرا من غير السلطة المختصة دستوريا بإصداره، واقعا فى حمأة مخالفة المادتين ٨٦ و١٤٤ من الدستور؛ مما يجعله عدما متعينا بالتالى الحكم بعدم دستوريته(١). وقرر المجلس الدستورى فى فرنسا عدم دستورية النص الوارد فى تشريع يحيل إلى السلطة التنفيذية لتحديد الحدود القصوى لشبكة الكابلات المخصصة لخدمة الإذاعة والتليفزيون المرخص باستثمارها لأحد الأفراد يعتبر غير دستورى، وذلك لتعلق الأمر بأحد الضمانات المقررة لممارسة حرية نقل الأفكار والآراء، مما يدخل فى اختصاص التشريع وحده(٢).

وقضى المجلس المذكور بعدم دستورية التشريع الذى يحيل إلى مرسوم (لائحى) لتحديد تاريخ العمل بهذا التشريع فيما نص عليه من إلغاء أحد مواد قانون الضرائب(٣)، باعتبار أنه لا يجوز للتشريع أن يعهد إلى السلطة التنفيذية بتحديد القواعد المتعلقة بتطبيق نصوصه.

---

(١) دستورية عليا فى ١٣ أغسطس سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية ـ العدد ٣٣ فى ١٣ أغسطس سنة ١٩٩٨.

(٢) 173 Dc. du 26 Juillet 1984, Rec. de jurisprudence constitutionnelle, 1 - 187.

(٣) 86 - 223 Dc, du 29 Décembre 1986, Rec, de jurisprudence constitutionnelle, 1 - 301.

على أن الدستور أجـاز للسلطة التنفيذية أن تمارس عمـلا من أعمال التشريع فى حالتين (الأولى) : التفويض، و (الثانية) : الضرورة.

١٤٩ـ أحوال قيام السلطة التنفيذية بأعمال لها قوة القانون «التشريع»

أجاز الـدستور للسلطـة التنفيذيـة القيام بأعمال لها قـوة القانـون « التشريع » بصفة استثنائية فى الحالات الآتية :

(أولا) : تفويض مجلس الشعب، فقد نظمتـه المادة ١٠٨ من الدستـور التى نصت على أن لرئيس الجمهوريـة عند الضرورة وفى الأحوال الاستثنائيـة وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه أن يصدر قـرارات لها قوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها، ويجب عـرض هـذه القـرارات على مجلس الشعب فى أول جلسـة بعـد انتهـاء مـدة التفويض، فإذا لم تعـرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها، زال مـا كان لها من قوة القـانون. ويـلاحظ هنا أن التفـويض وإن كـان هو السنـد الدستـورى لقيام السلطـة التنفيـذية بتنظيم مسألـة مما تـدخل فى اختصـاص السلطة التشريعيـة، إلا أن ممارسـة التفويض ذاتـه تتوقف على حـالة الضرورة القـائمة على تـوفير ضمانات فعـالة لتحقيق أهـداف معينـة من خـلال السرعـة والمرونة فى اتخاذ القـرار بقـانون مناسب بنـاء على التفويض.

(ثانيا) : الضرورة، وقد نظمتها المواد ١٤٧ و١٤٨ و٧٤ من الدستور، والتى تحددها من حـالات التفويض التشريعى بنـص الدستـور، وإعلان حـالـة الطوارئ، والأزمـة الوطنية.

وترتكز حالة الضرورة على اعتبارين هامين،

أولهما: أن نصوص الـدستور لا يمكن ضمان تطبيقهـا إلا بالشروط اللازمـة لمواجهة الأزمات التى يمكن أن تواجه البلاد ضمانا للمحافظة على كيان الدولة واستمرارها.

وثانيهما: أن فاعلية الدستور لضمان الحقـوق والحريات تتطلب أن يحمل الدستور فى ثناياه القـواعد التى تمكنه من حمايتـه تلقائيا حتى يمكنه الاستمـرار فى أداء دوره بوصفه حاميا للحقوق والحريات. فبدون ضمانات الفاعلية فى مواجهة الأزمات، تكون الحقوق

والحريـات فى مهب الـريح . وقـد حاول البعض أن يضـع القواعـد التى تنظم حـالـة الضرورة فى مـرتبـة أعلى من الـدستـور، فقيل عنهـا بأنها أسمى من الـدستـوريـة "supraconstitutionnalité" . فقد ذهب العميد فافورى "Favoreu" إلى أن القضاء الـدستورى ينتج مجمـوعة من المبـادئ المشتركـة فى النظام الـدستورى فى مختلف البـلاد الأوربية يمكن تسميتها بالقواعد العابرة للأوطان التى تسمو على الدستور(١) . وذهب الأستاذ تـروبير "Troper" إلى أنـه إذا اعتبرت المحـاكم أن الأعمال التى تقع مخالفـة للدستـور تبررها الضرورة ، فإن مبـدأ الضرورة يعتبر مبدأ يسمـو على الدستـور، بل هو المبدأ الوحيد المعتبر كذلك(٢) .

والواقع أنـه فى مجتمع ديمقراطى تحكمـه سيادة القـانون ، لا يمكن التسليم بـوجود قواعد تسمو على الدستور(٣) ، وخاصة فى ظل رقـابة دستورية تعطى للـدستور معان تقـدمية فى ضـوء التطـور. والنصوص التى تضمنهـا الدستـور المصرى لمواجهـة حالـة الضرورة تكشف عن نضج هـذا الدستـور الـذى وضع فى ثناياه وسـائل حمايته ضمانـا للاستقرار وكفالة للحقوق والحريات . وتتمثل هذه الوسائل فيما يلى :

(١) التفويض الدستورى : نصت المادة ١٤٧ من الـدستـور على أنه إذا حـدث فى غيبـة مجلس الشعب ما يـوجب الإسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التـأخير جاز لـرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يـوما من تاريخ صدورهـا إذا كان المجلس قائما ، وتعرض فى أول اجتماع له فى حالة الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كـان لها من قوة القانـون دون حاجة إلى إصدار قـرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقـرها المجلس زال بأثر رجعى مـا كان لها من قوة القانـون ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر.

(٢) حالة الطوارئ : نصت المادة ١٤٨ من الدستور على أن يعلـن رئيس الجمهورية

---

(١) Favoreu, Supra - constitutionnalité et jurisprudence de la juridiction costitutionnelle en droit privé et en droit public français; Revue internationale de droit comparé, 1992, pp. 461, 464.

(٢) Torper, La notion de principe supra - constitutionnels, Revue Internationale de droit comparé, 1992, p.337.

(٣) انظر: S. Papasavuas, la justice constitutionnelle à chypre, Economica, 1998, p.149.

حالة الطوارئ على الوجه المبين فى القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوما التالية ليقرر ما يراه بشأنه . وإذا كان مجلس الشعب منحلا يعرض الأمر على المجلس الجديد فى أول اجتماع له . وفى جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، ولا يجوز مدّها إلا بموافقة مجلس الشعب.

(٣) **الأزمة الوطنية** : نصت المادة ٧٤ من الدستور، على أن لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن آداء دورها الدستورى أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر، ويوجه بيانا إلى الشعب، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها .

ويستند اختصاص السلطة التنفيذية بالقيام بأعمال لها قوة «التشريع» إلى حالة الضرورة. وقد عبر عن ذلك المجلس الدستورى الفرنسى فى قوله بأن واجب الدولة هو كفالة احترام مؤسسات الدولة واستمرار حياة الأمة وضمان حقوق وحريات المواطنين، وأن هذه المهام الدستورية الأساسية تقع بوجه خاص على السلطة التشريعية وعلى رئيس الجمهورية وعلى الحكومة ــ كل فى حدود اختصاصه ــ وعليهم ممارستها مهما كانت الظروف ورغم عدم ملاءمة القواعد الدستورية العادية مع العمل المطلوب لأداء هذه المهام[١]. وذهب المجلس الدستورى الفرنسى فى هذا الشأن بأنه إذا كان المساس بالحرية الشخصية يعتبر غير دستورى فى الظروف العادية فإنه يكون صحيحا إذا تم تطبيقه وفقا للنظام القانونى للسلطات الاستثنائية[٢] .

وقالت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بأن حالة الطوارئ ـ بالنظر إلى طبيعة المخاطر المرتبطة بها ـ لا تلائمها أحيانا تلك التدابير التى تتخذها الدولة فى الأوضاع المعتادة باعتبار أن طبيعتها ومداها تفرض من التدابير الاستثنائية ما يناسبها، ويعتبر لازما لمواجهة تبعاتها، ولا تنص تلك التدابير الاستثنائية بالضرورة على ما يكون ضروريا منها لمواجهة الجرائم التى تهدد أمن الدولة الداخلى أو الخارجى، بل تتناول فى عديد من صورها وتطبيقاتها جرائم أخرى تخرج عن هذا النطاق وتتجاوزه[٣] .

---

(١) Dc du 22 Mai 1985, 85 -188, Rec. p.15.
وانظر فى الموضوع مؤلفنا عن الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٥ ص ٣٩٩ـ٤٥٣ .

(٢) Déc du 12 Janvier 1977, 76-75, Rec. p.33.

(٣) دستورية عليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣، طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية (تفسير)، الجريدة الرسمية، العدد ٤ مكررا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ .

هذا وقد نصت المادة الرابعة من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية الصادر عام ١٩٦٦ على أنه فى حالة الطوارئ الاستثنائية التى تهدد حياة الأمة، والمعلن قيامها رسميا، يجوز للدول الأطراف فى هذا العهد أن تتخذ فى أضيق الحدود التى يتطلبها الوضع تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولى وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعى.. إلخ.

وعندنا أن حالة الضرورة تؤدى إلى أمرين: (الأول) هو الخروج عن مبدأ انفراد التشريع فى معالجة مسائل الحقوق والحريات التى ينفرد بتنظيمها وغيرها من المسائل التى يعهد بها إليه الدستور وحده. (الثانى) التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة وفقا لمعايير جديدة تتفق مع الظروف الاستثنائية التى قامت عليها حالة الضرورة.

وتراقب المحكمة الدستورية العليا المشروعية الدستورية لقرارات السلطة التنفيذية فى حالتى التفويض والضرورة للتحقق من استيفائها للأوضاع المنصوص عليها فى الدستور وعدم تجاوزهما للمقاصد التى استهدفها الدستور.

وعن الرقابة فى حالة التفويض، قضت المحكمة الدستورية العليا أن السلطة التشريعية الدستورية إذ تفوض رئيس الجمهورية فى مباشرة اختصاصها بتنظيم موضوع معين تنظيما تشريعيا، وإن جاز فى الحدود وطبقا للشروط التى بينتها المادة ١٠٨ من الدستور؛ إلا أن هذا التفويض لا يجوز أن ينقل ولايتها التشريعية بأكملها، أو فى جوانبها الأكثر أهمية، إلى السلطة التنفيذية، وإلا كان التفويض مخالفا للدستور. كذلك، فإن رئيس الجمهورية إذ ينظم المسائل التى فوض فيها على ضوء القواعد التى تحكمها وفقا لقانون التفويض، فذلك بصفة استثنائية، باعتبار أن هذا الاختصاص ينصب على تقرير قواعد قانونية تسنها السلطة التشريعية أصلا وفقا للدستور، وهو ما يعنى أن يتقيد رئيس الجمهورية - فيما فوض فيه - بالحدود الضيقة التى تفرضها الطبيعة الاستثنائية لاختصاص يتولاه عرضا، وعند الضرورة فى أعلى درجاتها، ولمدة محددة، وإلا كان مخالفا للدستور، وقضت بأنه إذا كان النص المطعون فيه لا يقيد رئيس الجمهورية - فيما فوض فيه - بزمن معين يكون ميعادا موقوتا محددا سلفا من قبل السلطة التشريعية؛ فإن مباشرة رئيس الجمهورية الاختصاص بتعديل الجدول المرافق لقانون

الضريبـة المطعون عليهـا ، لا يكون منحصرا بين تـاريخين ، بل متراميـا متحررا من قيـد الزمن ، وباطلا[1] .

ومن ناحية أخرى ، فقد امتدت الرقابـة الدستورية للمحكمة الدستورية العليا على ما يمارسه رئيـس الجمهورية طبقا لحالة الضرورة المنصـوص عليها فى المادة ١٤٧/ ٤ من الدستور للتحقق من قيامهـا فى الحدود التى رسمها الدستور لها ولضمان ألا تتحول لهذه الرخصة التشريعية ـ وهى من طبيعة استثنائية ـ إلى سلطة تشريعية كاملة ومطلقة لا قيد عليهـا ولا عاصم من جموحهـا أو انحرافهـا[2] . وفى هـذا الصـدد ، قضت المحكمـة الدستـورية العليا . إلا أن البواعث والأهـداف التى تدعو سلطـة التشريع الأصلية إلى سن قـواعد قـانونية جـديدة أو استكمال مـا يشوب التشريع القـائم من قصـور تحقيقا لإصلاح مرتجى ، إلا أنه لا يصلح سندا لقيام حالة الضرورة المبررة لإصدار القرار بقانون طبقـا للمادة ١٧٤/ ٤ من الدستـور إذ لم يطـرأ خلال غيبـة مجلس الشعب ظـرف معين يمكن أن تتوافـر معه تلك الضرورة التى تبيح ممـارسة سلطـة التشريع الاستثنائيـة طبقا للمادة ١٤٧ من الدستور[3]. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن رقابتها على حالة الضرورة تمتد كذلك عند ممارستها طبقا للمادة ١٧٤ من الدستور[4].

---

(١) دستوريـة عليا فى ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ فى القضيـة رقم ١٨ لسنة ٨ قضائيـة «دستورية »، مجموعـة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعـدة رقم ٢٣ ص ٤٢٤ ، ٦ إبريل سنة ١٩٩٦ القضية رقم ١٧ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ٣٢ ص ٥٤٥ .

(٢) دستورية عليا ١٨ إبريل سنة ١٩٩٢ ، مجموعة أحكام الـدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ٣١ ص ٢٨٥ ، ٣ يوليو سنة ١٩٩٥ ، المجموعة السابقة حـ٧ قاعدة رقم ٢ ص ٤٥ .

(٣) دستوريـة عليا فى ٢ ينـاير سنة ١٩٩٩ فى القضيـة رقم ١٥ لسنة ١٨ قضـائية «دستـورية»، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١ بإضافة بند جديد إلى المادة ٣٤ من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ .

(٤) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٩ المشار إليه فى الهامش السابق.

المبحث الثـــانى
نطاق انفراد التشريع فى تحديد الجرائم والعقوبات

١٥٠- دور التشريع فى تحديد الجرائم والعقوبات:

نصت المادة ٦٦/ ٢ من الدستـور المصرى على أنه لا جريمة ولا عقـوبة إلا بناء على قانـون . ويقصد بالقانـون فى هذا الشأن التشريع ، والذى يتـولى سلطته مجلس الشعب طبقا للـدستور (المادة ٨٦) . فالأصل أن التشريع بصفتـه تعبيرا عن إرادة الشعب ، هو الذى يمكن أن يكون مصدرا للتجريم والعقاب . وطبقا للدستور، يتولى مجلس الشعب بوصفـه السلطة التشريعية للبلاد وضع جميـع النصوص المبينة للتجريم والعقـاب . فلا يجوز إنشاء جريمة أو تقرير عقـوبة إلا بتشريع تقره هذه السلطة . ويمتنع على القاضى بنـاء على ذلك إدانة متهـم عن جريمـة أو أن يـوقع عليه عقـوبـة مـا لم يكن قد صـدر بالجريمة والعقـوبة تشريع معين. هذا بخلاف القـاضى المدنى ، فإنه إذا لم يجد نصا فى القانون يلجأ إلى مصـادر أخرى هى العرف ومبادئ الشريعة الإسلاميـة ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة (المادة الأولى من القانون المدنى) .

وإذا تعارض نص فى قانون العقوبات مع أحد نصوص المعاهدات المنصوص عليها فى المادة ١٥١ من الدستور، فإنه يسرى على هذا النص القواعد التى تحكم تطبيق قانون العقوبـات من حيث الزمـان بما فى ذلك عدم رجعية قـانون العقوبـات ورجعية قـانون الأصلح للمتهم ، وذلك باعتبار أن المعاهدات تأخذ قوة القانون . وخلافا لذلك نصت بعض الدساتير، ومنها الدستور الفرنسى على سموها على التشريع (المادة ٥٥)[1].

ومع ذلك ، فقـد خول الـدستور السلطـة التنفيذية سلطـة إصدار اللـوائح فى شأن التجـريم والعقاب ، فأجـاز أن تكون الجريمـة أو العقوبـة بناء على قـانون ، ممـا يعطى السلطـة للمشرع أن يسند للسلطـة التنفيذيـة بواسطـة اللائحـة تحديد بعض جـوانب

---

(١) وكذلك الشأن بالنسبة إلى الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان حيث لا يجوز التعارض معها .
انظر Marc Verdmen, cenours et enjeux du droit constitutionnel pénal, Bruxelles, 1985, pp. 61-70.

التجريم والعقاب. فما هى الطبيعة القانونية لهذه اللائحة؟ وما هى حدودها فى التجريم والعقاب.

١٥١- طبيعة وحدود ودور اللائحة فى تحديد الجرائم والعقوبات

تستند ممارسة السلطة التنفيذية لاختصاصها فى تحديد الجرائم والعقاب إلى نص الدستور. فقد نص الدستور على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا «بناء على قانون». وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن المقصود بعبارة «بناء على قانون» والتى وردت فى المادة ٦٦ من الدستور (وسبق ورودها فى المادة ٦ من دستور ١٩٢٣) هو توكيد ما جرى عليه العمل فى التشريع من أن يتضمن القانون ذاته «تفويضا» إلى السلطة التنفيذية المكلفة بسن اللوائح فى تحديد الجرائم وتقرير العقوبات، مما مؤداه أن المادة (٦٦) من الدستور تجيز أن يعهد القانون إلى السلطة التنفيذية بإصدار قرارات لائحية تحدد بها بعض جوانب التجريم والعقاب، وذلك لاعتبارات تقدرها سلطة التشريع وفى الحدود وبالشروط التى يعنيها القانون الصادر منها[1].

ولا يعنى ذلك أن السلطة التنفيذية من خلال ما تملكه من إصدار لوائح تنفيذية، تستطيع بصفة مطلقة أن تحدد جرائم وعقوبات فى هذه اللوائح، لأن اللائحة التنفيذية كما بينا من قبل مقيدة بتنفيذ ما حدده التشريع وذلك بمعالجة المسائل التفصيلية ذات الطابع الفنى لتنفيذ إرادة المشرع. كما لا يعتبر اختصاص السلطة التنفيذية فى هذا الشأن مبنيا على التفويض المقرر فى المادة ١٠٨ من الدستور لأن هذه المادة حددت فى عبارات واضحة قاطعة مدلول التفويض وشروطه، وبمقتضى هذا التفويض تنوب السلطة اللائحية عن السلطة التشريعية فى حدود ما فوضتها به. وليس ذلك هو المراد بعبارة (بناء على قانون)، فما ينبنى على القانون ليس تمثيلا لإرادة واضع القانون، وإنما هو على العكس مباشرة لرخصة خولها القانون للسلطة اللائحية. ولهذا جاءت المحكمة الدستورية العليا فى مصر، وقد أكدت المحكمة الدستورية أن اختصاص السلطة التنفيذية بتحديد بعض جوانب التجريم والعقاب لا يعتبر من قبيل اللوائح التفويضية المنصوص عليها فى المادة ١٠٨ من الدستور، ولا يعتبر أيضا محض تنفيذ للقانون فى

(١) دستورية عليا فى ٦ إبريل سنة ١٩٩١ فى القضية رقم ١٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٧ إبريل سنة ١٩٩١ العدد (٧) ٧ مارس سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٤٣ لسنة ٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢ إبريل سنة ١٩٩٢ العدد (١٤)؛ ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»،

إطار اختصـاص السلطة التنفيـذية فى إصدار اللـوائح التنفيذيـة طبقا للمادة ١٤٤ من الدستور[١] .

وقد عنيت المحكمة الدستورية العليا بتحـديد السند الدستورى للترخيص للسلطة التنفيذيـة بناء على قانون فى وضع نصـوص تتعلق بالتجريم والعقـاب، وهو نص المادة ٦٦/ ٢ من الدستـور سالفـة الذكـر، واعتبرته المحكمـة تفويضـا مقررا بنص الـدستور للمشرع فى أن يعهد إلى السلطة التنفيذية ـ ممثلة فى أحد فروعها ـ بأن تحدد بنفسها بعض ملامح التجريم وعقوباتها، شأنه فى ذلك شأن المادة ١١٩/ ٢ من الدستور التى نصت على أنه لا يعفى أحـد من أداء الضرائب العامة إلا فى الأحـوال المبينة فى القانـون . فهذا النص الدستـورى الأخير يخول السلطة التشريعية فى أن تفوض رئيس الجمهـورية أو أية سلطة إدارية أخرى، ودون أن تتقيد فى ممـارستها لهذا التفويض بغير الشروط والأوضاع التى اتصل التفـويض بها وفقا للقانـون المحدد لها، دون تقيـد بالضوابـط التى حددتها المادة ١٠٨ من الدستور لجواز تفويض رئيس الجمهـورية ـ دون غيره ـ فى مباشرة بعض مظاهـر الولاية التشريعيـة بصفة استثنائيـة، وعند الضرورة[٢] . إلا أنـه ليس للسلطـة التشريعية أن تتخلى كلية عن ولايتها هذه، بأن تعهد بها بأكملها إلى السلطة التنفيذية، وإن كان يكفيها وفقا لنص المادة ٦٦ من الدستـور أن تحدد إطارا عاما لشروط التجريم ومـا يقارنها من جـزاء، فلا يعتبر تـدخلهـا عندئذ فى المجـال العقابى إلا وفقـا للشروط والأوضاع التى نظمهـا القانون، بما مؤداه أن النصـوص القانونيـة وحدها ـ بعمـوميتها وانتفاء شخصيتها ـ هى التى يدور التجريم معها، ولا يتصور أن ينشأ بعيدا عنها، ولا يعنى ذلك أن للسلطة التنفيذية مجالا محجورًا تنفـرد فيه بتنظيم أوضاع التجريم، فلازال دورها تـابعا للسلطة التشريعيـة ومحددا على ضوء قوانينهـا، فلا تتولاه بمبـادرة منها ولا سند لها من قانون قائم[٣]. وهو ما يتطلب أن تكون إحالـة التشريع للسلطة التنفيذية

---

(١) دستورية عليا فى ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى القضية رقم ٤٠ لسنة ١٥ قضـائية، الجريدة الرسمية فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨ العـدد (٨)، ٦ إبريل سنة ١٩٩١ فى القضية رقم ١٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٧ إبريل سنة ١٩٩١ العدد (١٧)؛ ٧ مارس سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٤٣ لسنة ٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢ إبريل سنة ١٩٩٢ العدد (١٤).

(٢) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٤٠ لسنـة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨ العدد (٨).

(٣) دستورية عليا فى ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ يوليـة سنة ١٩٩٧ العدد (٢٩)، وفى ذات المعنى نقض جنـائى فى ٢٩ ينايـر سنة ١٩٦٨ الطعن ر قم ٤٠٠٢ لسنة ٣٧ قضائية.

واضحة ، وأن يتضمن التشريع التكليف الجنائى وحدود العقاب المقرر على المخالفة[١] .

وتطبيقا لذلك ، قضى بدستورية المادة ٣٢ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ التى رخصت للوزير المختص (وزير الصحة) تعديل الجداول الملحقة بهذا القانون بالحذف وبالإضافة أو بتغيير النسب الواردة فيها ، وذلك تأسيسا على المادة ٦٦ من الدستور، تقديرا من المشرع لما يتطلبه كشف وتحديد الجواهر المخدرة من خبرة فنية ومرونة فى اتخاذ القرار يمكن معها مواجهة التغيرات المتلاحقة فى مسمياتها وعناصرها تحقيقا لصالح المجتمع[٢] . وقضى بدستورية قرار وزير التموين رقم ٢٣٨ لسنة ١٩٨٦ لصدوره فى حدود التفويض المنصوص عليه فى المادة ٦٦ من الدستور، وبالتالى لا يعد تجريمه تداول بعض السلع أو التعامل فيها أو حيازتها بقصد الاتجار عملا مخالفا للدستور[٣] . وقضى بعدم دستورية البند (ب) من المادة (١٠) من قرار محافظ السويس رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٥ لأنه انطوى على اغتصاب لسلطة عهد بها المشرع لوزير التموين فى الحدود التى بينتها المادة ٦٦ من الدستور[٤] .

وفى فرنسا نصت المادة ٣٤ من الدستور الفرنسى على أن التشريع يحدد القواعد المتعلقة بالجنايات والجنح والعقوبات المطبقة عليها . ونصت المادة ٣٧ من هذا الدستور على أن كل ما لا يدخل فى المجال التشريعى يدخل فى اختصاص السلطة اللائحية . وفى ضوء هذين النصين نص قانون العقوبات الفرنسى (المادة ١١١/ ٢) على أن اللائحة تحدد المخالفات وتضع فى حدود القانون وما يقرره من تقسيمات للمخالفات، العقوبات المطبقة على المخالفين . وقد لاحظ البعض أن ممارسة السلطة التنفيذية اختصاص وضع العقوبات يصطدم بالمادة ٨ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام ١٧٨٩ التى تسند إلى التشريع وحده سلطة وضع العقوبات . وقد بحث

---

(١) انظر فى هذا المعنى حكم المحكمة الدستورية الأسبانية رقم ١٢٠ لسنة ١٩٩٨ فى ١٥ يونية سنة ١٩٩٨ .
(Annuaire International de justice constit., 1998, pp. 709-712).

(٢) دستورية عليا فى ٩ مايو سنة ١٩٨١ فى القضية رقم ١٥ لسنة ١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٨ مايو سنة ١٩٨١ العدد (٢)، والقضية ٢١ لسنة ١ قضائية «دستورية»، والقضية رقم ٢٧ لسنة ٢٢ قضائية «دستورية»، والقضية رقم ٣٠ لسنة ١ قضائية «دستورية» بنفس العدد المشار إليه فى الجريدة الرسمية . أيضا نقض جنائى فى ٣١ مايو سنة ١٩٨١ الطعن رقم ١٨٦ لسنة ٥٠ قضائية، ونقض جنائى ٢٥ مارس سنة ١٩٧٠ فى الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٤٠ قضائية .

(٣) دستورية عليا فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ قضائية، الجريدة الرسمية فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٩٢ العدد (٤٩) .

(٤) دستورية عليا فى ٦ إبريل سنة ١٩٩١ فى القضايا رقم ١٦ و ١٧ و ٢١ لسنة ٢١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٧ إبريل سنة ١٩٩١ العدد (١٧)، ٧ مارس سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٤٣ لسنة ٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢ إبريل سنة ١٩٩٢ (العدد ١٤) .

مجلس الدولة الفرنسى مدى حق الحكومة فى إصدار لوائح تحدد المخالفات وعقوباتها، وأقر بوضوح سلطة الحكومة فى هذا الشأن استنادا إلى التفسير بمفهوم المخالفة للمادة ٣٤ من الدستور الفرنسى والذى قصر سلطة التجريم والعقاب على المشرع وحده فيما يتعلق بالجنايات والجنح فقط، وأن النصوص الخاصة الواردة فى هذه المادة تتفوق على الصيغة العامة للمادة (٨) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ . وإذ عرض الأمر على المجلس الدستورى فى فرنسا، قرر بأن تحديد المخالفات وعقوباتها تدخل فى المجال اللائحى طالما أن هذه العقوبات لا تتضمن تدابير مقيدة للحرية[١]، إلا أن محكمة النقض الفرنسية أجازت للوائح أن تحدد العقوبات المقررة للمخالفات ولو تضمنت عقوبة الحبس[٢].

وجاء قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر عام ١٩٩٢ والمعمول به اعتبارا من أول مارس عام ١٩٩٤ فألغى عقوبة الحبس فى المخالفات.

١٥٢- أنواع اللوائح

يشترط فى اللائحة التى تملك التجريم والعقاب أن تكون صادرة بناء على تفويض التشريع للسلطة التنفيذية فى هذا الاختصاص. وهذا النوع هو الذى تعنيه المادة ٦٦ من الدستور. ولما كان المشرع ينفرد بحسب الأصل بالتجريم والعقاب، فإن هذا التفويض الذى يعتمد على سند من الدستور لا يخل بهذا الانفراد، وإنما يعطى للسلطة التنفيذية قسطا تباشره فى بعض جوانب التجريم والعقاب. فإن كان الأمر متعلقا بالتجريم انفرد التشريع بتحديد الأهداف التى تتوخى اللائحة تحقيقها، أو بتحديد المصالح التى يجب أن تحميها من وراء التجريم. وإن كان الأمر متعلقا بالعقاب انفرد التشريع بتحديد الحدين الأدنى والأقصى من العقوبات الذى يمكن للائحة أن تتحرك بداخلهما، وليس له أن يترك العنان للائحة فى تحديد ما تختاره من عقوبات من حيث النوع أو الكم، وإنما يجب أن يتم ذلك فى الحدود التى يضعها المشرع فى هذا الشأن. ومن ناحية أخرى، فإنه لا تشترط صفة معينة من مصدر اللائحة، فمناط الأمر متروك للمشرع نفسه فى تحديد اختصاص السلطة التنفيذية من خلال اللوائح فى التجريم والعقاب. ويجب على التشريع حين يسند للائحة مهمة التجريم والعقاب أن ينص على ذلك صراحة فى حدود المبادئ التى يحددها التشريع.

---

(١) 12 Fév 1960, Dalloz, 1960, 263, note l'Huillier.

(٢) 28 Novembre 1973, D. 1974, p.269.

ويستوى فى هذه اللائحة أن تكون من اللـوائح الأساسية التى نص عليها الدستور، وهى اللائحة التنفيـذية ولائحة الضبط (المادة ١٤٥ من الدستور) والـلائحة التنظيمية الخاصة بـالمرافق والمصالح العامـة (المادة ١٤٦ من الدستور)؛ أو أن تكـون من اللوائح غير الأسـاسية، وهى التى تملكهـا السلطات الحكـوميـة والإدارية الأخـرى مثل مجلس الـوزراء، والـوزراء فى نطـاق تنظيم وزاراتهم، والمحـافظين فى محافظـاتهم[1]. وكل مـا يشترط أن يخول التشريع لهذه اللائحة سلطة التجريم والعقاب فى حدود التشريع.

وبالنسبة للوائح الأساسية، فإن اللـوائح التنفيذية لا تملك وضع جرائم أو عقوبات بغير تفـويض صريح من المشرع، وإنما يجوز للمشرع أن يضع جـرائم وعقـوبات عنـد الإخلال ببعض الأحكام الواردة فى هذه اللائحة التنفيذية. وفى هذه الحالة يكون النص التشريعى متضمنا بذاته معنى التجريم والعقاب معا، ولكنه يقتصر فى تحديد التجريم إلى الإحالة على بعض الأفعال المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية بشرط أن تكون هذه الأفعال مطابقة للمعايير التى وضعها التشريع. وهذه النصوص التشريعية تعتبر بمثابة تشريع على بياض "Loi en blanc". وفى هذه الحالة يتضمن التشريع ذاتـه القاعدة العقابيـة أمرا أو نهيا بتجريمهـا وعقابها، ولكنـه يحيل فى تحديـد الأفعال إلى مـا يرد فى اللائحة التنفيذية. ولاشك أن عبارة (بناء على قانون) تتسع أيضا إلى هذا المعنى[2].

أما لـوائح الضبط، فإنها تنظم ممارسـة حريات الأفـراد بقصد المحافظـة على النظام العام والآداب العامـة، بما فيها الأمن العام والصحة العـامة والسكينة العامـة. وقد ثار البحث من الناحية الدستورية حـول سلطة إصدار هذه اللوائح. فاتجه البعض فى ظل دستور عام ١٩٢٣ إلى تخويل هذه السلطة إلى رئيس الدولة. بينما ذهب الرأى الآخر إلى تخويل الوزير أيضـا سلطة إصدار لوائح الضبط استنـادا إلى عرف دستورى، وإلى نص المادة رقم ٣٩٥ عقـوبات (الملغاة) التـى كانت تنص على عقـوبة المخـالفة عنـد مخالفة أحكام اللـوائح الصادرة من جهـات الإدارة العموميـة أو البلديـة أو المحلية (أصبحت المادة ٣٨٠ عقـوبات). ثم جـاء دستور عـام ١٩٥٦ فنص صراحة فى المادة ١٣٨ منـه

---

(١) انظر د. محمد رفعت عبد الوهاب، ود. ماجد راغب الحلو، مبادئ القانون الإدارى، ١٩٩٥ ص ٢٢٢.

(٢) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٤٠ سنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٩٨٠ فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨.

على أن يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط، وأجاز له أن يفوض غيره فى إصدارها. وكذلك فعل أيضا الدستور المؤقت لعام ١٩٦٤، أما الدستور الحالى الصادر عام ١٩٧١ فقد نص فى المادة ١٤٥ على أن «يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط». ولم يرد فى الدستور أى نص يخول رئيس الجمهورية حق تفويض غيره فى إصدار هذه اللوائح. ومن المسلم به أنه لا يجوز التفويض فى الاختصاصات المقررة فى الدستور إلا بنص دستورى يسمح بذلك[1]، وهو ما فعلته المادة ١٤٤ من الدستور بشأن اللوائح التنفيذية. ولو شاء المشرع الدستورى أن يبيح تفويض الغير فى لوائح الضبط، أو أن يسمح للقانون أن يحدد سلطة أخرى فى إصدار هذه اللوائح لنص على ذلك صراحة فى المادة ١٤٥ أسوة بما فعل فى المادة ١٤٤ المذكورة.

أما بالنسبة للوائح غير الأساسية، فيلاحظ أن المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم ٢٦٩ لسنة ١٩٨٦ قد نصت على أنه يترتب على مخالفة أحكام اللوائح العامة أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العمومية أو المحلية، الحكم بالعقوبات المقررة فى تلك اللوائح بشرط ألا تزيد على خمسين جنيها. فإن كانت العقوبة المقررة فى اللوائح زائدة على هذه الحدود وجب حتما إنزالها إليها. فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنيها. وهذه المادة لا تصلح بذاتها أساسا قانونيا لتخويل جهات الإدارة العمومية أو المحلية سلطة التجريم والعقاب فيما تصدره من لوائح عامة أو محلية. فقد جاء هذا النص العقابى المذكور لكى يؤكد تطبيق الغرامة المقررة فى تلك اللوائح بشرط ألا تزيد على قدر معين (خمسين جنيها)، فإذا خلت من تحديد العقوبة كان الجزاء على مخالفتها غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين جنيها. وقد تصور واضع هذا النص أنه يمكن لهذه اللوائح أن تتضمن عقوبات زائدة عن حدود هذا النص (المادة ٣٨٠ عقوبات)، وهو ما لا تملكه السلطة اللائحية إلا بناء على قانون.

وبالإضافة إلى ذلك، لا تعتبر المادة ٣٨٠ عقوبات أساسا لتخويل جهات الإدارة

---

(١) عبد الفتاح حسن، التفويض فى القانون الإدارى وعلم الإدارة العامة ص ٩٨ و ١٠٩ والاقتصاد س ٤٨ ص ١٦٤، سعاد الشرقاوى، وعبد الله ناصف، القانون الدستورى والنظام السياسى المصرى سنة ١٩٩٤ ص ٦٢٧، ٦٣١.

سلطـة التجريم والعقـاب فى هذا النـوع من اللـوائح ، لأن التفويض التشريعى الـذى يملكه المشرع طبقا للمادة ٦٦ مـن الدستور لإعطائه للسلطـة اللائحية يفترض أن يحدد التشريع سلفـا الأهداف التى يجب أن تتـوخى هذه اللـوائح تحقيقها أو تحديد المصـالح التى يجب أن تحميها ، وهـو ما لم تفعلـه ، مما لا يجوز معـه اعتبار المادة ٣٨٠ عقـوبات المذكورة بمثابة نص تشريعى على بياض .

المبحث الثـــالث
نطاق انفراد التشـــريع فى تحديد الإجراءات الجنائية

١٥٣ ـ مبدأ انفراد التشريع فى تحديد الإجراءات الجنائية

قد تقتضى المصلحة الاجتماعية الحد من حريـات الأفراد. ويقدر المشرع حدود هذه المصلحة بوصفه السلطة الممثلة لإرادة المجتمع وسيـادته. ويعبر عن هذه الحدود قانون العقوبـات من خلال مبـدأ لا جريمـة ولا عقوبـة إلا بقانـون. وعندمـا تباشر الـدولة الإجـراءات اللازمـة لكشف الحقيقة وتقـرير سلطتهـا فى العقاب يبـدو خطر المسـاس بالحرية الفردية من خلال مبـاشرة هذه الإجراءات. ولذلك يتعين على المشرع أن يتدخل فى هذه الحالة لكى يقرر الحدود التى تتطلبها المصلحـة الاجتماعية للمساس بالحرية من خلال الإجـراءات الجنائيـة، والسلطة التشريعيـة هى التى تملك وحـدها تقريـر القيم الاجتماعية، وجوهر الحرية الشخصية التى لا يجوز المساس بها على الإطلاق، والشروط والأحوال التى يجوز فيها المساس بالحرية فى حـدود معينة، وذلك بالقدر اللازم لتحقيق التوازن بين مصالح المجتمع وحقوق الفرد.

وبناء على ذلك، فإن القانـون وحده هو الذى يحدد الإجراءات الجنـائية منذ تحريك الـدعوى الجنـائية حتى صـدور حكم بات فيهـا، وهو الـذى ينظم إجراءات التنفيـذ العقابى بوصفها المجال الطبيعى للمساس بالحرية تنفيذا للحكم القضائى.

ويعتبر هذا المبدأ معبرا عن أحد ركائز الشرعيـة الـدستورية فى الإجراءات الجنائية. وتطبيقا لهذا المبدأ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المشـرع ـ وحـده ـ يمـلك المساس بحرية الأفراد [١].

واشتراط القانون لتحديـد قواعد الإجراءات الجنائية يستند إلى مبـدأ عام، وهو الثقة

(١) Cass 1 èr février 1956. D. 1956, p. 365.

فى القانون لتنظيم الحريـات . ويرتكز أساس هذا المبدأ على ما تتمتع به قواعـد القانون من صفة العموميـة والتجريد، وفى أنه يصدر من سلطة تمثل الشعب . وصفـة عمومية القانون وتجريـده هى بذاتها ضمان أساسى لأنها تؤكد أن القيـود الواردة على الحريات لا تستند إلى اعتبار شخصى [1]، وتضمن مساواة المواطنين عند ممـارسة حرياتهم، كما أن صدور القـانون من السلطة التشريعية يكفل تعبيره عن الإرادة الشعبيـة، فضلا عن أن الموافقـة عليـه لا تكون إلا بعـد منـاقشتـه علنا أمـام ممثلى الشعب، وفى حضـور جميع أصحاب الاتجاهـات المختلفة، بـالإضافـة إلى الإجراءات البطيئـة الشكلية التى يتعين اتباعها قبل الإقدام على أى تعديل للقانون .

والواقع من الأمـر، فإنه فى النظم السيـاسية التى تستند فيهـا الحكومـة على الأغلبية البرلمانيـة، يكون من السهـل عليها استصـدار القـوانين المعبرة عن رغباتها، ولا يكـون للتدخل البرلمانى من قيمـة إلا فى إسباغ الصفـة التشريعية على المشروعات الحكـومية . ولذلك، فإن القيمة الحقيقيـة للقانون فى هذه النظم تكون فيما يسبق إصـداره من فرصة المنـاقشة والحوار والتأمل، حتى لا يكـون استجابـة سريعة لطلب مستعجل من جـانب الحكومة .

وبناء على مبـدأ أن القانون وحـده هو المنظم للحريات ، جـاء مبدأ أن القانـون هو الذى ينظم قـواعد الإجراءات، وذلك بـاعتبار أن هذه الإجراءات تنطـوى على مساس بالحرية الشخصيـة . هذا بالإضافة إلى قـواعد الإجراءات الجنائيـة فى حقيقة الأمر تعتبر من المبادئ العامة التى تحكم قـانون العقوبات[2]، باعتبار أنـه لا يمكن تطبيق قواعد قانـون العقوبـات بغير قانـون الإجراءات الجنـائية . ولما كـانت المبادئ العـامة لقـانون العقوبات تحكـم نطاق الجرائم والعقوبات، فإنها تخضع كذلك حتما لمبدأ الشرعية .

وقـد عنيت كثير من الدسـاتير بإيضاح هـذا المبدأ. مثـال ذلك الدستـور اليابـانى (١٩٦٣) فقد نص فى المادة ٣١ منه على أنه : (لا يجوز حرمان أحد من حقه فى الحياة أو

---

(١) وقد عبر عن هذا المعنى الـدستور الفرنسى الصادر سنة ١٧٩٣، فقال «القانـون هو التعبير الحر والرسمى للإرادة العامـة، وهو واحد للجميع سواء من يحميهم أو من يعاقبهم، ولا يمكن أن يأمـر إلا بما هو عدل ومفيد للمجتمع، ولا يمكن أن ينهى إلا عما هو ضار» .

(٢) انظر: V.GARRABOS; Le domaine de l'autorité de la loi du réglement en matière pénale, thèse, Paris 1970, p. 30.

الحرية، كما لا يجوز توقيع عقوبات جنائية على أحد، ما لم يكن وفقا لإجراءات يحددها القانون)، ونص الدستور الهندى (١٩٤٩) فى المادة ٢١ على أنه: (لا يجوز أن يحرم شخص من حياته أو حريته الشخصية إلا طبقا للإجراءات التى ينص عليها القانون). ونص الدستور الإيطالى (١٩٤٧) على أنه لا يجوز حبس أى شخص أو تفتيشه أو التحرى عنه، بأية طريقة من الطرق، كما لا يسمح بأى قيد آخر على الحرية الشخصية إلا بمقتضى إجراء مسبب من السلطة القضائية وفى الأحوال وبالطرق المنصوص عليها فى القانون.

وقد أوضح الدستور الفرنسى (١٩٥٨) هذا المبدأ صراحة فى (المادة ٣٤)؛ فنص على أن يحدد القانون القواعد التى تخص المسائل الآتية: (. . . تحدد الجنايات والجنح والعقوبات المقررة لها والإجراءات الجنائية والعفو وإنشاء الأنواع للمحاكم ونظام القضاء). ويكشف هذا النص مدى الارتباط بين شرعية الجرائم والعقوبات وشرعية الإجراءات الجنائية.

وعنيت المحكمة الدستورية العليا الإيطالية بتقرير أن شرعية الإجراءات الجنائية تسهم فى تحقيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بدقة[1].

ويتضح هذا المبدأ فى الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٧١، إذ نص فى المادة ٤١ فيه على أنه لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع. ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة وذلك وفقا لأحكام القانون. كما نص فى المادة ٤٤ على أن للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون [2].

ونص كذلك فى المادة ٤٥/ ٢ على حرمة المراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية ولم يجز المساس بها وفقا لأحكام القانون [3].

---

(١) الحكم الصادر فى ١٥ فبراير سنة ١٩٩٩، مشار إليه فى مؤلف: Marc Verdussen, op. cit., p. 93.

(٢) أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكمها بجلسة ٢ يونيو سنة ١٩٨٤ فى القضية رقم ٥ لسنة ٤ القضائية «دستورية» بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية التى تبيح لمأمور الضبط القضائى فى حالة التلبس تفتيش منزل المتهم لتعارضها مع المادة ٤٤ من الدستور.

(٣) جرم المشرع المصرى الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للمواطن باستراق السمع أو تسجيل أو نقل =

١٥٤ـ عدم اختصاص السلطة التنفيذية بتنظيم الإجراءات الجنائية

من المقرر أن السلطة التنفيذية لا تملك بواسطة اللوائح أن تستحدث إجراءات جنائية أو أن تجرى أى تعديل على التنظيم التشريعى للحريات. وكل تنظيم لائحى يصدر فى هذا الشأن يجب أن يكون فى نطاق القواعد التشريعية للحريات دون المساس بها أو الانتقاص منها. فإذا سكت المشرع فى مسألة معينة، فإن اللائحة تلتزم باحترام المبادئ العامة للقانون فضلا عن الدستور [١]. ومن ثم فاللائحة لا تمارس فى مسائل الحريات إلا اختصاصا تبعيا فى حدود الدستور والقانون وليس لها أى اختصاص أصيل فى هذا الشأن.

هذا بالإضافة إلى أن الأصل فى السلطة التنفيذية أنها لا تتولى التشريع، وإنما يقوم اختصاصها أساسا على إعمال القوانين وإحكام تنفيذها، وكل ما تملكه هو إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين [٢].

وبناء على ذلك لا يجوز للسلطة التنفيذية بقرار لائحى أن تنظم أية خصومة جنائية سواء من حيث سير إجراءاتها أو من حيث الإحالة إلى المحاكم أو الاختصاص بنظرها. وكل تنظيم إجرائى يصدر بلائحة لأى وجه من الوجوه أو لأى مرحلة من مراحل الخصومة الجنائية يكون مخالفا للشرعية الدستورية. ولما كان مبدأ تنظيم الحريات بقانون هو من المبادئ الدستورية العامة التى أكدها الدستورى المصرى لسنة ١٩٧١ على ما أسلفنا بيانه، فإن أى قرار تنظيمى يعالج أمرا يتعلق بالخصومة الجنائية يكون مشوبا بعدم الدستورية. وكل ما تملكه السلطة التنفيذية هو التنظيم اللائحى لما يقرره القانون[٣].

= محادثات جرت فى مكان خاص أو عن طريق التليفون. وكذلك التقاط أو نقل صورة شخص فى أى مكان خاص، وذلك عن طريق أى جهاز من الأجهزة، وكذلك إذاعة أو تسهيل إذاعة أو استعمال ما سبق ولو فى غير علانية، وشدد العقوبة إذا كان الجانى موظفا عاما (المادتان ٩ و ٣ مكرر و ٣٠٩ مكررا (١) من قانون العقوبات المضافتان بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢).

(١) Jacqes Robert, Libertés publiques, op. cit., pp. 103 et 111. V. Garrabos, thèse, op. cit., p.681.

(٢) دستورية عليا فى يونية فى سنة ١٩٨٧ القضية رقم ٩ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جـ ٤ رقم ٨ ص ٥٦، وفى أول إبريل فى سنة ١٩٨٩، القضية رقم ١٣ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٤ رقم ٢٣ ص ١٦٥.

(٣) Droit constitutionnel: droits de l'homme, rapport, op. cit., p.351.

ويجدر التنبيه إلى أنه وإن جاز للسلطة التنفيذية ـ بناء على القانون ـ إصدار لوائح تنص على بعض قواعد التجريم والعقاب فى حدود معينة، إلا أن هذه السلطة لا تمتد إلى تنظيم الخصومة الجنائية، ولو فيما يتعلق بالمخالفات التى نصت عليها اللوائح الإدارية بناء على قانون. فهذه اللوائح تصدر بناء على تفويض السلطة التنفيذية بالتشريع بناء على القانون فى بعض جوانب التجريم والعقاب[1]، وفقا للدستور، ومن ثم فإن نطاقها يظل محصورا بحدود هذا التفويض دون توسع أو قياس عليه. وقد أكد السكرتير العام للحكومة الفرنسية هذا المعنى فى اللجنة الاستشارية الدستورية التى نظرت مشروع الدستور الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٥٨، فقال بأنه على الرغم من أن تحديد المخالفات والعقوبات المقررة لها يدخل بحسب الأصل فى السلطة اللائحية، إلا أن الإجراءات الواجب اتباعها للبحث والتحقيق والعقاب عن المخالفات، وكذلك أيضا الموضوعات المتعلقة باختصاص البوليس، كل ذلك يدخل فى نطاق القانون.

ولا يجوز للمشرع أن يتنازل عن اختصاصه بتحديد قواعد الإجراءات الجنائية بجميع أنواعها، وذلك لاتصالها بالحرية الشخصية للمواطنين، فإذا جاء القانون وفوض السلطة المكلفة بتنفيذ القانون أو تطبيقه فى وضع قواعد إجرائية معينة، فإنه يكون مخالفا للدستور.

وقد ثار البحث فى فرنسا حول مدى دستورية قانون الإجراءات الجنائية حين يفوض السلطة القضائية فى تحديد اختصاص المحكمة، وكان ذلك بصدد المادة ٢٩٨/ ١ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى التى خولت رئيس المحكمة الابتدائية أن يحدد بصفة نهائية المحكمة التى تحال إليها الدعوى وما إذا كانت من المحاكم المشكّلة من ثلاثة قضاة أو من قاض واحد. وقد طعن ٦٩ عضوا من أعضاء مجلس الشيوخ الفرنسى بعدم دستورية هذا النص أمام المجلس الدستورى، بناء على وجهين هما مخالفته لمبدأ المساواة أمام القانون والقضاء، ومخالفته لمبدأ محاكمة المواطنين أمام محكمة متعددة القضاة. وقد قرر المجلس الدستورى الفرنسى فى ٢٣ يوليو فى سنة ١٩٧٥ عدم

---

(١) انظر حكم المحكمة الدستورية العليا فى ٦ إبريل سنة ١٩٩١ فى القضية رقم ١٦ و ١٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (١٧) بتاريخ ٢٧ إبريل سنة ١٩٩١، وحكمها فى ٧ مارس سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٤٣ لسنة ٧قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (١٤) بتاريخ ٢ إبريل سنة ١٩٩٢.

دستورية هذا النص[١]. وقد أسس المجلس الدستورى قراره بناء على عدة أسباب يهمنا فى هذا المقـام الإشارة إلى سبب منها تصـدى له المجلس من تلقاء نفسـه، وهو مخالفة النص لمبدأ اختصاص المشرع وحـده بتحديد قواعد الإجراءات الجنـائية طبقا للمادة ٢٤ من الدستور الفرنسى[٢].

ووفقـا لهذا السبب من عدم الـدستوريـة، فإن المشرع لم يمارس بنفسه الاختصـاص الذى خـوله إيـاه الدستـور، بل عهد بـه إلى سلطة أخـرى، بينما لا يجوز للمشرع الذى فوضه الـدستور فى إصدار قواعـد معينة، أن يفوض بدوره هـذا الاختصاص إلى سلطة أخرى. وكان من الواجب تحديد المحكمة المختصة بناء على نص القانون مباشرة، لا من خلال قـرار يصدره رئيـس المحكمة فى حـدود سلطته التقـديريـة بدون التقيـد بمعايير موضوعية حـددها القانون. فمثل هذا التفويض الفـرعى من جانب المشرع يعتبر تخليا عن اختصاصه الذاتى فى مسألة تتعلق باستعمال حريات المواطنين[٣].

١٥٥ـ ماهية قواعد الإجراءات الجنائية

يدق الأمر عند تحديد المقصود بقواعد الإجراءات الجنائية لثلاثة أسباب هى أن قانون الإجراءات الجنـائية لا يتضمن تعـريفا لما يسمى بـالإجراء الجنـائى، والثانى أن قـانون الإجراءات الجنـائية لا يضـم بالضرورة جميع القـواعد الإجـرائية، فهنـاك نصوص كثيرة خارج مـدونة هـذا القانون تنظيم الإجـراءات الجنائيـة. وأخيرا، فإن بعض النصوص الواردة فى قـانون الإجراءات الجنـائية لا ينطبق عليها وصف القـواعد الإجرائيـة بالمعنى الدقيق.

وفى ضوء أهداف قانون الإجراءات الجنائية وطبيعته، يمكن تحديد قواعد الإجراءات الجنائية، بأنها القـواعد التى تضع الإجراءات اللازمـة لكشف الحقيقة وذلك من أجل

---

(١) انظر: V.Garrabos, thése, op. cit., pp. 634 et 635.

(٢) وقد أسس المجلس قـراره أيضا على الإخلال بمبـدأ المساواة أمام القضـاء ولم يبحث المجلس وجه الطعن الخاص بمخالفة مبدأ محاكمة المواطنين أمام محكمة متعددة القضاة.

Décision du 23 juillet 1975, J.O. 107 éme anneé, No. 170, p. 7533.

(٣) Jurisprudence du conseil constitutionnel, Rev, du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1075, No.5 p. 1318 - 1323.

تحقيق فاعلية العدالة الجنائية (تطبيق قانون العقوبات وتعويض المتضرر بواسطة المحكمة الجنائية) والتى تحدد أيضا الجهات القضائية المختصة بتطبيق هذه القواعد.

والمشرع فى تحديده لقواعد الإجراءات الجنائية يجرى التوازن الضرورى بين حماية الحرية الشخصية وما يتعلق بها من حقوق الإنسان، وحماية المصلحة العامة (فاعلية العدالة الجنائية).

وبدون هذا التوازن لن تتحقق حماية الحرية وحقوق الإنسان بوصفها أساسا للشرعية الإجرائية، ذلك أنه بدون فاعلية العدالة الجنائية لا يمكن ضمان ممارسة الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان. وكما عبرت المادة الرابعة من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان، فإن الحرية تكون فى مباشرة كل ما لا يلحق الضرر بالغير.

ومقتضى ذلك أن ممارسة الفرد للحقوق والحريات لا تكون على حساب مباشرة الغير لهذه الحقوق. والمشرع وحده هو صاحب الاختصاص فى وضع حدود ممارسة حريات الناس وحقوقهم حتى لا تتضارب الحريات وتتنازع فيما بينها.

وقد قيل بأن اختصاص المشرع بإجراء التوازن الضرورى بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة هو عنصر أساسى فى ا لنظرية العامة للحريات، وأن الإجراء الجنائى هو توأم الحرية [1].

١٥٦ـ ما لا يصلح مصدرا لتحديد الإجراءات الجنائية

لا تصلح منشورات وزير العدل وتعليمات النائب العام مصدرا للإجراءات الجنائية. وكل نص فى هذه المنشورات أو التعليمات صدر فى حدود السلطة الإدارية للوزير أو للنيابة العامة ويقتصر نطاقه على تنظيم سير العمل.

على أنه إذا تناولت تعليمات النائب العام موضوعات تتصل بإجراءات الاتهام التى يباشرها أعضاء النيابة العامة نيابة عن النائب العام (المادة ٢/ ١ إجراءات)، فإن مخالفة هذه التعليمات تنطوى ضمنا على خروج أعضاء النيابة العامة عن اختصاصهم المبين فى

---

(١) Droit constitutionnel et droits de l'homme, Rapport op. cit., p. 193.
وانظر قرار المجلس الدستورى الفرنسى فى ٢٧ يوليو فى سنة ١٩٨٣ مشارا إليه فى ذات التقرير ص ١٩٣.

قانون الإجـراءات الجنائية ، وهو ما يعتبر مخالفـا لهذا القانون . وكل جزاء إجـرائى يرتبه القانون ينجم بسبب هذه المخالفة .

ومن ناحية أخرى ، فإن المادة ٤٤ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنـة ١٩٥٩ قد نصت على حالتين تلتزم فيهما محكمة الموضوع باتباع حكم محكمة النقض . والحالة الأولى تتعلق بالحكم المطعون فيه إذا صدر بقبول دفع قانـونى مانع من السير فى الدعوى ونقضته محكمـة النقض وأعادت القضية إلى المحكمة التى أصـدرته لنظر الموضـوع ، فلا يجوز لهذه المحكمـة أن تحكم بعكس ما قضت به محكمة النقض . ففى هـذه الحالة تلتزم محكمة الموضوع المحالـة إليها الدعوى للمرة الثـانية بـاتباع حكم محكمـة النقض خلافـا للأصل العـام بشأن وساطـة محكمة الإحـالة . ولكن ذلـك لا يعنى أن قضاء النقض فى هـذه الحالـة يأخـذ حكم القواعـد المجردة التى تسرى على جميع القضـايا الأخرى ، أمـا الحالة الثانية من المادة ٤٤ سـالفة الذكر ، فتتعلق بالحكم الذى تصدره الهيئة العامة للمواد الجزائية بمحكمة النقض ، فلا يجوز لمحكمة الموضوع أن تحكم بعكسه ، على أن هـذا التقيد نسبى بحت ، فلا يمتد إلى غير القضية التى صدر بشأنها حكم الهيئة العامة للمواد الجزائية . فهذا الحكم ـ كـذلك ـ لا يعتبر مبـدأ عامًـا تتقيد بـه جميع المحاكم مستقبـلا ، ومن ثم لا يتضمن أى قـاعدة عامة مجردة .

وقـد ثار البحث فى اليـابـان حول مـدى سلطـة المحكمة العليـا فى إنشـاء قواعـد إجرائية ، بناء على أن الدستور اليابانى نص فى (المادة ٧٧) على أن تتولى المحكمة العليا إصدار اللـوائح التى تنظم إجـراءات المحاكمة . وقـد ذهب الفقـه اليابانـى إلى أن هذا النص لا يخل بالأصل العام المنصوص عليه فى المادة ٣١ من الدستور اليابانى ، وهو أن يكون التشريع وحـده مصدر كل إجـراء . وبناء على ذلك فإن سلطـة المحاكم فى وضع قواعـد إجراءات المحـاكم يجب أن تكون محض تطبيق لنصـوص القانـون ، وهو الأعلى مرتبة من أى قواعد أخرى تضعها المحكمة[1].

وقد نصت المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستـورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨

---

(١) George Fred SHICEMITSU ADNDO, Japanese criminal procedure (Translated by B.J. B., Rothman and co.,) south hackensack, N. J. 1965, p.21 and 22.

لسنة ١٩٧٩ على أن «تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بالقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور، وذلك إذا أثارت خلافا فى التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها» . وهذا التفسير كاشف عن المقاصد الحقيقية التى توخاها المشرع عند إقرار القانون ويعبر عن إرادته الحقيقية التى يفترض فى هذه النصوص أن تكون معبرة عنها مبلورة لها ، فهو لا ينشئ حكما جديدا ، بل يعتبر قرار المحكمة بالتفسير مندمجا فى النص موضوعه وجزءا منه لا يتجزأ ، وساريا بالتالى منذ نفاذه . ومن ثم فإن هذا القرار لا يعتبر بذاته مصدرا لقواعد قانون الإجراءات الجنائية محل التفسير، بل هو إعلان لإرادة المشرع التى حمل هذه القواعد عليها منذ صدورها .

١٥٧ـ نطاق اختصاص السلطة التنفيذية بتحديد الإجراءات الجنائية فى حالة الطوارئ

يكون إعلان حالة الطوارئ لمواجهة نذر خطيرة تتهدد معها المصالح القومية ، وقد تنال من استقرار الدولة أو تعرض أمنها أو سلامتها للخطر الداهم ، وهذه الحالة لا تلائمها أحيانا الإجراءات التى تنص عليها القوانين العادية فى الأوضاع المعتادة ، ذلك أن طبيعة حالة الطوارئ ومداها تفرض من الإجراءات الاستثنائية ما يناسبها ، ويعتبر لازما لمواجهة بقائها . وكما تقول المحكمة الدستورية العليا فى مصر فإن هذه الإجراءات الاستثنائية (لا تقتصر بالضرورة فيما يكون ضروريا فيها لمواجهة الجرائم التى تهدر أمن الدولة الداخلى أو الخارجى ، بل تتناول فى عديد من صورها وتطبيقاتها جرائم أخرى تخرج عن هذا النطاق وتجاوزه ، ولا نزاع فى خطورتها أو فى اتحادها معها فى علة خضوعها لتلك التدابير الاستثنائية التى يقتضيها سرعة الفصل فيها ردعا لمرتكبيها وحفاظا على سلامة القومية بما يكفل تأمينها مما يخل بها ولو بطريق غير مباشر) .

وقد جاء القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ فأجاز لرئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه أن يحيل إلى محاكم أمن الدولة بعض جرائم القانون العام

---

(١) قرار المحكمة الدستورية العليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ فى طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «تفسير»، الجريدة الرسمية ، العدد ٤ مكررا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ .

(المادة ٩). كما أجاز لـرئيس الجمهورية «فى قضـايا معينـة» أن يأمر بتشكيل دوائر أمن الدولـة العليا من الضباط بوظيفـة النيابة العامـة (المادة ٨/ ٢) فى وقت لم يكن للقضاء العسكرى فيه كيان متكامل يمكن الإحالة إليـه مباشرة، وهو ما استجد بموجب قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانـون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠. كما أجـاز هذا القـانون أن يتضمن الأمـر بتشكيل محاكم أمن الدولـة من الضباط لـلإجراءات التى تتبع أمـامها (المادة ٨/ ١) وأجاز لـه أن يحدد فى الأوامر التى يصدرها الإجراءات والقواعد التى تختص بها هذه المحاكم (المادة ١٠/ ١). وواضح من هذه النصوص أنـه فى حالة الطوارئ فإن قواعـد الإجراءات الجنائية قد يكـون مصدرها قـرار رئيس الجمهوريـة ـ وذلك تطبيقـا للمادتين ٨ و ١٠ من قانـون الطوارئ سـالفتى الذكر. وهو مـا يتفق مع طبيعة حالة الطوارئ ـ والتى تستنـد إلى حالة الضرورة ـ والتى تضفى نوعا من الشرعية الاستثنائية ـ على القـواعد القانونية التى تصدر طبقا لمقتضيات هذه الحالة، ومنها تـوسيع نطاق السلطة التنفيذية فى مسائل تـدخل فى أحوال الشرعية العاديـة ـ فى نطـاق السلطة التشريعيـة. وكما أن الأوامر العسكـرية قـد تكون مصـدرا للجرائم والعقوبات، فإنها قد تكون أيضا مصدرا للإجراءات الجنائية.

ومن ناحيـة أخرى، فإن قانـون الأحكام العسكرية الصـادر بالقانـون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦، قـد أجاز فى المادة ٦/ ٢ المعـدلة بـالقـرار بقانـون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠ لـرئيس الجمهوريـة متى أعلنت حـالة الطوارئ أن يحيـل إلى القضاء العسكرى أيًـا من الجرائم المنصوص عليها فى قانـون العقوبات أو أى قانون آخر. وقـد قضت المحكمة العليا [١] (التى كان لها الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا) أن سلطة الإحـالة إلى القضاء العسكرى لا تنشئ اختصاصـا للقضاء العسكرى ولا تعدو أن تكون أداة لتنفيذ حكم الفقرة الثانيـة من المادة السادسة من قانون الأحكام العسكرية المضـافة بالقرار بقـانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠ التى خولـت للقضاء العسكرى ولاية الفصل فى الجرائم كافة عند قيام حـالة الطوارئ على النحو المتقدم ذكره[٢]. وميزة

---

(١) المحكمة العليـا فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٧٦ فى الدعـوى رقم ١ لسنة ٦ قضائية وفى ٣ إبـريل سنة ١٩٧٦ فى الدعوى رقم ١٢ لسنة ٥ قضائية.

(٢) المحكمـة الـدستـوريـة العليـا فى ٣ ديسمبر فى عـام ١٩٩٢ فى القضيتين رقمى ٢٣ و ٢٤ لسنة ١٩٩٢ جنايات إدارة المدعى العام العسكرى.

هذا الحكم هو إضفاء القيمة الدستورية لهذا النص، وتقرير أن الاختصاص يستند إلى قانون الأحكام العسكرية وليس إلى قرار الإحالة، أى أن الإحالة لا تنشئ الاختصاص لأنه محدد سلفا بنص القانون.

وقد أثير خلاف فى التطبيق حول تفسير المادة ٦/ ٢ من قانون المحاكم العسكرية بين محكمتين تابعتين لجهتين قضائيتين مختلفتين إحداهما هى المحكمة العسكرية العليا وأخراهما هى محكمة القضاء الإدارى. فقد ذهبت المحكمة العسكرية العليا[1] إلى أن كلمة (الجرائم) الواردة فى الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الأحكام العسكرية يتسع مدلولها ليشمل كل جريمة معاقبا عليها قانونا سواء كانت محددة بنوعها تحديدا مجردا أم كانت معينة بذاتها بعد ارتكابها فعلا. وذهبت محكمة القضاء الإدارى[2] وجهة نظر أخرى مناقضة لها، فقد قصرت كلمة (جرائم) الواردة بنص هذه الفقرة على تلك التى يكون المشرع قد حددها بنوعها تحديدا مجردا. وأمام هذا الخلاف طلب وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء من المحكمة الدستورية العليا تفسير نص المادة السادسة من قانون الأحكام العسكرية الصادرة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدل بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠. وقد قررت المحكمة الدستورية العليا أن مجابهة المخاطر التى تفترض السلامة القومية - ما كان منها حالا أو وشيكا - تمثل إطارًا للمصلحة الاجتماعية التى أقر المشرع على ضوئها ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بعد تعديلها بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠ من تخويل رئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يحيل إلى القضاء العسكرى أيًا من الجرائم التى يعاقب عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر، وأن هذه المصلحة الاجتماعية تبلور إرادة المشرع وتحدد تبعا لها نطاق تطبيق هذه الفقرة. وقالت المحكمة الدستورية العليا فى قرار التفسير أن السلطة المخولة لرئيس الجمهورية محددة على ضوء المصلحة الاجتماعية التى سلف الإشارة إليها، كان ملحوظا فيها ألا يكون اختصاص رئيس الجمهورية - فى إعمال الفقرة الثانية من (المادة ٦) المشار إليها - منحصرا فى الجرائم المنصوص عليها فيها المحددة بنوعها تحديدا مجردا، وإنما يتناول هذا الاختصاص كذلك

---

(١) محكمة القضاء الإدارى فى ٨ ديسمبر فى سنة ١٩٩٢ فى الدعوى رقم ٧٦٣ لسنة ٤٧ قضائية.

(٢) فى ٣ يناير فى سنة ١٩٩٣، انظر: طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢٥ قضائية «تفسير»، سالف الإشارة إليه.

جرائم بذاتها مما تنص عليـه الفقرة الثانية يحيلها رئيس الجمهوريـة بعد وقوعها . وانتهت المحكمة فى قرار التفسير إلى عبارة (أيًا من الجرائم التى يعاقب عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر) الواردة فى الفقرة الثانية من المادة السـادسة من قانون الأحكام العسكرية يقصـد بها الجرائم المحـددة بنوعهـا تحديـدا مجردا وكـذلك الجرائم المعينة بـذواتها بعـد ارتكابها فعلا[1].

(١) وهذا مـا أكدتـه المحكمة الإداريـة العليا بتـاريخ ٢٣ مايـو فى سنة ١٩٩٣ فى القضية رقـم ٥١٥ لسنة ٣٩ قضائية عليا .

الباب الثـــانى

اليقين القانونى الجنائى

١٥٨ـ فكرة عامة

جاء مبدأ الشرعيــة الجنائية لكى يحقق هــدفين مهمين : أولهما، استئثار المشرع وحده بمسائل الحقوق والحريـات . وثانيهما، أن يحيط الناس علماً بالتجريم والعقـاب وما قد يتهدد حرياتهم قبل إتيان أى فعل يعرضهم لذلك[1]. وهو ما يسمى باليقين القانونى الجنائى . وإذا كان الهدف الأول يتحقق بمبدأ انفراد التشريع ، فإن الهدف الثانى ، وهو اليقين القــانونى الجنــائى يتحقق بأن يعـرف المواطن بوضـوح وتحديـد الأفعال التى قـد يتعرض لها . وهو ما يقتضى صفات خـاصة فى النصوص الجنائية، وفى تفسيرها، وفى نطاق تطبيقها . وهو ما نبحثه فى الفصول الآتية .

ولهذا يعتبر اليقين القانونى الجنــائى الركيزة الثانية لمبدأ الشرعية الجنـائية . فإذا كانت الركيزة الأولى تتمثل فى انفراد التشريع فى النص على القواعد الجنائية ، فإن الركيزة الثانية تتمثل فى اليقين القانونى الجنائى . ذلك أن جوهر الشرعية ليس فى مجرد صدور القواعد الجنائية بإرادة الشعب من خلال التشريع ، وإنما أيضا وبذات الأهمية والدقة ، أن يكون المخـاطبون بهذه القـواعـد على وعى وإدراك وإحاطـة بهذه القـواعد قبل الإقـدام على تطبيقها عليهم، وذلك بالنظر إلى ما تنطوى عليه من مساس بالحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات سواء عن طريق التجريـم والعقاب أو عن طريق الإجراءات الجنائية .

ويتعين فى هذا المجال التمييـز بين القواعد الجنائية التى تحكم الواقعـة الإجرامية من حيث التجريـم والعقاب ، والقواعد غير الجنائية التى تحكم المراكز القانونية التى يحميها قانـون العقوبات . وتبـدو أهمية هـذا التمييز فى أن اليقين القانـونى الجنائى ينصرف إلى

---

(١) انظر: Renée Kolering - Joulin et Jean - François Seuvic; Droits fondamentaux et droit criminel, l'actualité juridique, Juillet - Aôut 1998, p.108.

القواعد الجنائية وحدها دون القواعد غير الجنائية، وذلك باعتبار أن الشرعية الجنائية تتوقف على قواعد التجريم والعقاب.

١٥٩ـ التمييز بين القواعد الجنائية والقواعد غير الجنائية

تحكم القواعد الجنائية الواقعة الإجرامية من حيث التجريم والعقاب. ويتحقق ذلك فيما يتطلبه التجريم من تكليف بأمر أو نهى يتوجه به المشرع الجنائى إلى المخاطبين بهذه القواعد، ويترتب على مخالفة التكليف الذى تتضمنه القاعدة الجنائية عقاب معين[1]. وتعبر عن القواعد الجنائية نصوص قانون العقوبات سواء وزعت هذه القواعد بين نص أو أكثر. وبهذه النصوص وحدها يتحدد التجريم والعقاب. ولما كان التجريم والعقاب يستهدفان حماية حقوق معينة أو حماية المصلحة العامة، فإن هذه الحقوق أو المصلحة العامة قد تتحدد من خلال مراكز قانونية يجب توافرها ابتداء. مثال ذلك حماية حقوق الدائن فى عقد الأمانة فى مواجهة انتهاكها فإنها تفترض وجود عقد الأمانة ابتداء، وحماية حقوق الزوجية فى مواجهة الزنا فإنها تفترض وجود عقد الزواج، وحماية المعاملات بواسطة الشيكات فى مواجهة إصدارها بدون رصيد فإنها تفترض وجود الشيك ابتداء، وحماية الوظيفة العامة في مواجهة الاعتداء على واجباتها وكرامتها فإنها تفترض توافر صفة الموظف العام ابتداء. وبعض الحقوق ـ وكذلك المصلحة العامة ـ التى يحميها قانون العقوبات تعتبر مراكز قانونية تخضع فى تحديدها لقواعد غير جنائية. ويتعين فى هذه الحالة توافر هذه المراكز ابتداء كشروط مفترضة قبل إعمال القاعدة الجنائية، وذلك لأن بعض القواعد الجنائية بما تتضمنه من تجريم أو عقاب إنما يتوقف نطاق تطبيقها على إعمال القواعد غير الجنائية فيما تحدده من مراكز قانونية تحميها القواعد الجنائية.

ويتعين التمييز بين القواعد الجنائية والقواعد غير الجنائية فى الأمور الآتية:

(١) تتضمن القاعدة الجنائية شقين، أولهما هو التكليف الجنائى (الأمر والنهى)؛ وثانيهما هو الجزاء الجنائى (العقوبة) المترتب على مخالفة التكليف الجنائى؛ بخلاف القاعدة غير الجنائية فإنها تحدد المراكز القانونية المترتبة على علاقة قانونية، دون أن تندمج فى التكليف الجنائى الذى تتضمنه القاعدة الجنائية.

(٢) تمس القاعدة الجنائية بما تقرره من تجريم وعقاب حقوق المخاطبين بها بالقدر الضرورى والمتناسب للتدخل الجنائى من أجل حماية الحقوق والحريات والمصلحة

---

(١) انظر: الدكتور عبد الفتاح الصيفى، قانون العقوبات، النظرية العامة، بند ١٠ ص ٢٧ و٢٨.

العامة . وهذه المصلحة المحمية قد يرتبط تحديدها بمراكز قانونية تقررها القاعدة غير الجنائية، وذلك باعتبار أن هذه الحماية يكفلها أصلا التشريع غير الجنائى الذى أنشأ هذه المراكز وحددها . إلا أن التدخل الجنائى لا يكون إلا لتقرير حماية جنائية أوجبتها الضرورة الاجتماعية، فلا يوجد أدنى تطابق بين الحماية غير الجنائية التى قامت عليها المراكز القانونية وبين الحماية الجنائية التى يكفلها قانون العقوبات لهذه المراكز القانونية لضرورة اجتماعية تتفق مع وظيفة قانون العقوبات .

فالقاعدة غير الجنائية تكفل بعض المصالح المحمية من خلال المراكز القانونية التى تحددها وتنشئ لصاحبها بمقتضاها حقوقا معينة وتفرض عليها التزامات معينة . أما القاعدة الجنائية فإنها لا تتدخل لحماية هذه المصالح إلا إذا اقتضت ذلك ضرورة اجتماعية وبقدر من التناسب بين الجزاء الجنائى والفعل محل التجريم . مثال ذلك عقد الأمانة، فإنه إذا كان القانون المدنى يحدد حقوق طرفى العقد، فإن قانون العقوبات لا يتدخل لحماية هذه الحقوق إلا بالقدر الضرورى عندما تقع خيانة للأمانة على النحو الذى حددته المادة ٣٤١ هذا القانون، لا بمجرد الإخلال بالتزامات أحد المتعاقدين . وإذا كان قانون التجارة يحدد حقوق أطراف الشيك كورقة تجارية، فإن قانون العقوبات لا يتدخل لحماية حقوق المستفيد فى مواجهة الساحب إلا إذا تطلبت الضرورة ذلك من خلال ارتكاب أفعال معينة مثل إصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للصرف (المادة ٥٣٤/ ١ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة) . فليس صحيحا ـ كما ذهب البعض ـ أن قانون العقوبات يتبع القوانين غير الجنائية وأن المصلحة المحمية جنائيا تطابق المصلحة التى يحميها القانون غير الجنائى[1]، ذلك أن التجريم والعقاب يتوقف على معيار الضرورة والتناسب ـ كما سنبين فيما بعد . ووفقا لهذا المعيار لا يتدخل قانون العقوبات تبعا لقانون غير جنائى، وإنما يكون تدخله بصفة أصلية حماية للحقوق والحريات والمصلحة العامة إذا تطلبت الضرورة الاجتماعية ذلك وبقدر متناسب . ومن ثم فالحماية غير الجنائية للمصالح المتولدة من المراكز القانونية تختلف عن الحماية الجنائية لها؛ لأن هذا النوع الأخير من الحماية مقيد بما تتطلبه الضرورة والتناسب من تدخل جنائى، وهو ما لا تطلبه الحماية غير الجنائية .

(٣) تحدد القاعدة غير الجنائية الشروط الواجب توافرها ابتداء قبل وقوع الجريمة

---

(١) انظر فى هذا المعنى: Decoca André; La structure de la gualification légale - Cours de droit pénal approfondi - Universitédu Caire 1968-1969, pp. 9-128.

وانظر فى نقد هذا الاتجاه: الدكتور عبد العظيم وزير، الشروط المفترضة فى الجريمة، طبعة ١٩٨٣، ص١٨٣ و١٨٤ .

بينما تستأثر القاعدة الجنائية بتحديد أركان هذه الجريمة وعقوبتها . ولا تتدخل القاعدة غير الجنائية لتحديد مجال التجريم والعقاب ؛ لأن المراكز القانونية الناشئة أو المحمية بالقاعدة غير الجنائية ليست محمية بالقاعدة الجنائية إلا بحكم الضرورة والتناسب كمعيار للتجريم والعقاب . وتتجلى الضرورة والتناسب فى أفعال محددة يحددها الركن المادى للجريمة ورابطة نفسية معينة يحددها ركنها المعنوى ، وهو ما لا تتطلبه حماية المراكز القانونية وفقا للقاعدة غير الجنائية . ومن ثم ، فإن القاعدة غير الجنائية يقتصر دورها على تحديد المراكز القانونية وحمايتها فى مجال واسع بخلاف القاعدة الجنائية ، فإنها تحدد مجال الحماية الجنائية التى تضفيها على هذه المراكز فى مجال ضيق يتحدد وفقا لمعيار الضرورة والتناسب ، وهو مجال أضيق مما تضفيه الحماية غير الجنائية . على أن ذلك لا يمنعه من وجوب توافر المراكز القانونية التى تحددها القاعدة غير الجنائية ، لأن المشرع الجنائى يفترض هذا التوافر ابتداءثم يختار بعد ذلك ما يراه من مصالح قانونية متولدة عنها (الحقوق والحريات والمصلحة العامة) لكى يضفى عليها حماية بالقدر الضرورى المتناسب .

على أنه فى بعض الأحوال تتدخل القواعد غير الجنائية فى تحديد مضمون شق التكليف الجنائى . مثال ذلك قرار وزير التموين بالتسعير الجبرى ، والقرار اللائحى بتحديد الرسوم الجمركية . ففى هذه الحالة يندمج شق التكليف الجنائى الوارد فى القاعدة الجنائية التى تعاقب على البيع بأكثر من التسعيرة ، أو تعاقب على عدم أداء الرسوم . وهنا تحدد القواعد غير الجنائية مضمون التكليف الجنائى ، فتعتبر النصوص المعبرة عن هذه القواعد مع النصوص المعبرة عن القواعد الجنائية كلاً لا يتجزأ . وواقع الأمر، فإن القاعدة الجنائية فى هذه الحال تكون بمثابة قاعدة على بياض ، تملأ بياضها القاعدة غير الجنائية .

ويختلف هذا النوع السابق من القواعد غير الجنائية المندمجة فى القواعد الجنائية ، عن القواعد غير الجنائية (الخالصة) فى أن الأولى تحدد الأفعال أو النواهى التى تعاقب عليها القواعد الجنائية ، كما فى المثالين السابقين . أما القواعد غير الجنائية (الخالصة) ، فإنها تقتصر على تحديد الشروط المفترضة السابقة على التكليف الجنائى ، أى السابقة على الركنين المادى والمعنوى للجريمة . مثال ذلك عقد الأمانة فى جريمة خيانة الأمانة ، فإن القاعدة المدنية تحدد ماهية هذا العقد وأركانه ، أما القاعدة الجنائية فإنها تحدد الأفعال المعاقب عليها إخلالا بهذا العقد (وهى الاختلاس والتبديد والاستعمال) ، ولا تعاقب على كل صور الإخلال بالتزامات هذا العقد . وكذلك الشأن بالنسبة إلى الشيك فى جريمة إصدار شيك بدون رصيد ، فإن القاعدة التجارية تحدد المقصود بالشيك ، أما

القاعدة الجنائية، فإنها تحدد الأفعال المعاقب عليها إخلالا بنوع من الالتزامات المترتبة على إصداره، ولا تعاقب على كل صور الإخلال بالالتزامات المترتبة على إصدار الشيك.

ويبين مما تقدم أنه رغم وحدة المراكز القانونية المحمية بالطريقين الجنائي وغير الجنائي إلا أن محل الحماية قد يختلف في كل منها[1]. ففي المسائل الجنائية تختار الضرورة والتناسب ما يرتبط بالمصلحة العامة الاجتماعية، حتى ولو كان من حقوق الأفراد وحرياتهم التي يحميها القانون من زاوية فردية بحتة.

وهناك أحوال أخرى يلعب فيها المركز القانوني المفترض توافره قبل وقوع الجريمة، دورا في تحديد الوصف القانوني للجريمة، مثل صفة الموظف العام في جناية الرشوة أو جناية الاختلاس وجرائم الباب السادس من الكتاب الثاني من قانون العقوبات في تطبيق أحكام الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات. وقد يلعب المركز القانوني دورا في تحديد الظرف المشدد للجريمة مثل صفة الجاني في جريمة الاغتصاب (المادة ٢٦٧/ ٢ عقوبات).

(٤) تخضع المسائل غير الجنائية التي تنظمها القواعد غير الجنائية التي تفصل فيها تبعا للدعوى الجنائية طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بتلك المسائل (المادة ٢٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية). وهو ما يؤكد أن المسائل غير الجنائية لا تندمج في المسائل الجنائية.

وبناء على كل ما تقدم، فإن مجال اليقين القانوني الجنائي ينحصر في القواعد الجنائية لا القواعد غير الجنائية (عدا ما يندمج في القواعد الجنائية لأنه يملأ بياضها فيما يتعلق بشق التكليف الجنائي) على النحو الذي أسلفنا بيانه؛ مما يترتب عليه أن ضمان عدم رجعية قانون العقوبات، وضمان رجعية القانون الأصلح للمتهم يقتصر على القواعد الجنائية وحدها دون القواعد غير الجنائية (الخالصة) التي تقتصر على تحديد ما يسمى بالشروط المفترضة للجريمة والتي تكفل تحديد المراكز القانونية المحمية. ومن ناحية أخرى، فإن نطاق تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان لا يتوقف على مكان وقوع الأعمال أو الوقائع غير الجنائية التي تعتبر شروطا مفترضة لوقوع الجرائم، لأنها لا تعتبر جزءا في الجريمة.

---

(١) يتجلى ذلك بوضوح في الأحوال التي تكتفي فيها محكمة النقض بالظاهر، كما هو الحال بالنسبة إلى عقد الأمانة الباطل والشيك الباطل، ففي هذه الحالة تكون المصلحة المحمية منبثقة من عقد الأمانة أو ظاهر الشيك وليس بالعلاقة القانونية المنبثقة منهما. انظر بالنسبة للشيك الباطل: نقض جنائي ٦ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ٣٣ ص ١٢٤، وانظر بالنسبة لعقد الأمانة الباطل: نقض جنائي ٢٤ مايو ١٩٣٧ مجموعة القواعد جـ ٤ رقم ٨٧ ص ٧٤، ٢١ مارس سنة ١٩٣٨ جـ ٤ رقم ١٨٣ ص ١٧١. وانظر مؤلفنا «الوسيط في قانون العقوبات» (القسم العام) طبعة ١٩٩٦ ص ٢٧.

الفصل الأول
الصفات الخاصة فى النصوص الجنائية

١٦٠ـ تمهيد

تتطلب الشرعية الجنائية أن تستوفى نصوص التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية خصائص معينة، بدونها لا تتحقق الشرعية. فيجب أن تكون هذه النصوص مكتوبة، واضحة محددة، تتكامل مع سائر النصوص التى تضع القواعد العامة سواء فى مجال التجريم والعقاب، أو فى مجال الإجراءات الجنائية، وفيما يلى نستعرض هذه الخصائص..

١٦١ـ (أ) أن تكون النصوص مكتوبة

هذا الشرط مستخلص بداهة من وجوب أن يكون التشريع مصدرا للقواعد الجنائية، إلا أن فكرة الشرعية الجنائية تقتضى هذا الشرط لأنها تتطلب أن يكون المخاطبون بالقواعد الجنائية عالمين بها سلفا. هذا فضلا عما يوفره هذا الشرط من استقرار فى المفاهيم لتأكيد علم الناس بالأوامر والنواهى التى تعبر عنها القواعد الجنائية.

وبناء على ذلك، فلا يصلح العرف ولا العادة مصدرا للتجريم والعقاب. ومع ذلك، فإن قانون العقوبات قد يعتمد فى تحديد النموذج القانونى للجريمة على أفكار غير جنائية تحكمها فروع أخرى غير قانون العقوبات، مثل القانون المدنى بالنسبة إلى عقود الأمانة فى جريمة خيانة الأمانة، والقانون التجارى بالنسبة إلى الشيك والإفلاس فى الجرائم المتعلقة بهما، وبالنسبة إلى العلامات التجارية فى جرائم تقليدها[(1)]. وقد يتطلب الأمر الرجوع إلى علوم غير قانونية لتحديد المراد بالبضائع محل الغش، بل لتحديد معنى الغش فى حد ذاته. وطبقا للمادة ٢٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية

---

(١) راجع ما تقدم بند ١٥٩.

يخضع إثبات المسائل غير الجنائية لحكم القانون الذى ينظمها. ومن ثم، فإنه إذا تطلب الأمر الرجوع إلى العرف لتحديد إحدى القواعد غير الجنائية أو لإثباتها، فإن العرف لا يلعب دورا فى مجال التجريم والعقاب ولا يؤثر فى النطاق المطلق للشرعية الجنائية[1]. مثال ذلك تحديد المقصود بالعين المؤجرة فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لقانون إيجار المساكن، فقد قضت محكمة النقض بأن العين المؤجرة لا تقتصر على ما ورد ذكره فى العقد بشأنها، وإنما تشمل أيضا ما يكون من ملحقاتها التى لا تكتمل منفعتها المقصودة من الإيجار إلا بها وأنه إذا لم يوجد اتفاق على تحديد ملحقات العين المؤجرة وجب الرجوع إلى طبيعة الأشياء واتباع العرف دون التقيد فى هذا الخصوص بوسيلة بعينها من وسائل الإثبات[2].

ومن ناحية أخرى، فإن مبدأ الشرعية الجنائية لا يحول دون الأخذ بفن القواعد على بياض. ويفيد هذا المصطلح أن نص القانون فى بعض الأحوال قد يقتصر على تحديد العقوبة تحديدا كاملا ويحيل فى تحديد بعض جوانب التجريم إلى نصوص أخرى، وفى هذه الحالة يطلق على هذا النص أنه تضمن قاعدة على بياض. مثال ذلك المادة ١٢٨ عقوبات التى عاقبت كل موظف عمومى أو نحوه إذا دخل اعتمادا على وظيفته منزل شخص من آحاد الناس «بدون مراعاة القواعد المقررة فى القانون».

وواضح من هذا النص أنه ترك بعض جوانب التجريم إلى قانون آخر. وهذا القانون الآخر الذى يحيل إليه النص العقابى قد يعتمد على قواعد فنية أو على اتفاق معين أو عرف معين. مثال ذلك أن المجلس الدستورى الفرنسى قضى بأنه إذا كان النص التشريعى قد فرض عقوبة على مخالفة نصوص تشريعية ولائحية تتعلق بقانون العمل، وعلى مخالفة بعض الاستثناءات الواردة فى هذه النصوص والتى تضمنتها اتفاقيات جماعية، فإنه لا يوجد ما يمنع من تحديد الالتزامات التى يفرضها النص التشريعى العقابى فى نصوص أخرى أو تحديدها بالطريق الاتفاقى. مثال ذلك أن المادة ٥٤ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ قد نصت على أنه لا يجوز

---

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، سنة ١٩٩٦ ص٢٦ وما بعدها.

(٢) نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٧٩، مجموعة الأحكام س٣٠ ص٦٠٠، ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨١، مجموعة الأحكام س٣٢ ص ٢١٧٣.

لصاحب العمل أن يخرج على القيود المشروطة فى الاتفاق أو أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إلا فى حالتى الضرورة والقوة القاهرة، ويعاقب على مخالفة ذلك طبقا للمادة ١٧٠ من هذا القانون. ففى هذا المثال تلعب الالتزامات الاتفاقية دورا مهما فى وقوع الجريمة.

وذهب المجلس الدستورى الفرنسى إلى أن اختلاف مضمون الالتزامات المنبعثة من النص العقابى يتعلق فقط باختلاف الوقائع محل العقاب الجنائى دون التأثير فى وحدة التعريف القانونى للجرائم(١). على أنه يلاحظ فى هذا المثال أن القانون قد سمح للمنظمات العمالية أن تسهم فى وضع قواعد تطبق على علاقات العمل(٢).

١٦٢- (ب) أن تكون النصوص واضحة محددة

يجب على السلطة التشريعية أن تصدر تشريعاتها واضحة محددة بعيدة عن الغموض وعدم التحديد(٣). فالهدف من مبدأ الشرعية هو ضمان إخطار الجمهور بما يعتبر جريمة وبالعقاب المترتب عليها وبالقيود الواردة على الحرية وهو ما يستلزم وضوح قصد الشارع. وكل غموض فى النص من شأنه أن يؤدى إلى التحكم القضائى الخطر(٤). وقد عبر المجلس الدستورى الفرنسى عن هذا المبدأ فى قوله بضرورة أن يعرف المشرع الجرائم فى عبارات واضحة ومحددة بطريقة كافية، وذلك لاستبعاد التحكم(٥)، وقضى بأن القانون يجب أن يعرف الأركان المكونة للجريمة فى عبارات واضحة محددة، فإذا عاقب المشرع على جريمة معينة "malversation" دون تحديد أركانها التى تقوم عليها، فإن النص التشريعى الذى تضمنه القانون فى هذا الشأن يكون غير مطابق للدستور(٦).

---

(١) 82 - 145 Dc du 10 Nov. 1982, R.J. C.1-B2.

(٢) انظر: Jérôme Tremeau, op. cit., p.258.

(٣) نقض ٢٢ مارس سنة ١٩٨٤، مجموعة الأحكام س٣٥ رقم ٧٠ ص٣٣٠.

(٤) Merle et Vitu, op. cit., No.176, p.255.

(٥) 80 - 127 Dc, 19 et 20 Janvier 1981 (Sécurité et liberté), Receil, p.91.

وقد أكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان كذلك أن الجريمة يجب أن تكون محددة بوضوح فى التشريع. انظر فى تفصيل ذلك مقال: Renée Koering - Joulin et Jean - François Seuvic, Droits fondamentaux et droit criminel, op. cit., p.109.

وبهذا الوضوح يتحقق للأفراد الاستقرار القانونى ويتأكد مبدأ المساواة أمام القانون. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن غموض النصوص العقابية يعنى انفلاتها من ضوابطها وتعدد تأويلاتها، فلا تكون الأفعال التى منعها المشرع أو طلبها محددة بصورة يقينية، بل شباكا أو أشراكا يلقيها المشرع متصيدا باتساعها أو إخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها [1].

وفى ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا يشترط فى هذه النصوص ما يلى:

(١) أن تكون محددة بصورة يقينية لا التباس فيها ولا غموض. وفى هذا المعنى قضت بأن من القواعد المبدئية التى يتطلبها الدستور فى القوانين الجزائية، أن تكون درجة اليقين التى تنتظم أحكامها فى أعلى مستوياتها، وأظهر فى هذه القوانين منها فى أى تشريعات أخرى، ذلك أن القوانين الجزائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثرا، ويتعين بالتالى ـ ضمانا لهذه الحرية ـ أن تكون الأفعال التى تؤثمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وبمراعاة أن تكون دوما جلية واضحة فى بيان الحدود الضيقة لنواهيها، ذلك أن التجهيل بها أو انبهامها فى بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها على بينة من حقيقة الأفعال التى يتعين عليهم تجنبها. كذلك فإن غموض مضمون النص العقابى مؤداه أن يحال بين محكمة الموضوع وبين إعمال قواعد منضبطة تعين لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا خفاء فيه. وهى قواعد لا ترخص فيها وتمثل إطارا لعملها لا يجوز تجاوزه، ذلك أن الغاية التى يتوخاها الدستور هى أن يوفر لكل مواطن الفرص الكاملة لمباشرة حرياته فى إطار من الضوابط التى قيدها بها. ولازم ذلك أن تكون القيود على الحرية التى تفرضها القوانين الجزائية، محددة بصورة يقينية لأنها تدعو المخاطبين بها إلى الامتثال لكى يدفعوا عن حقهم فى الحياة وكذلك عن حرياتهم، تلك المخاطر التى تعكسها العقوبة. ولقد كان غموض القوانين الجزائية مرتبطا من الناحية التاريخية بإساءة استخدام السلطة، وكان أمرا مقضيا أن يركن المشرع إلى مناهج جديدة فى الصياغة لا تنزلق إلى تلك التعبيرات

---

(١) انظر دستورية عليا فى ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٢٩) فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٢٩) فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧.

المرنة أو الغامضة أو المتميعة المحملة بأكثر من معنى والتى تنداح معها دائرة التجريم بما يوقع محكمة الموضوع فى محاذير واضحة قد تنتهى بها فى مجال تطبيقها للنصوص العقابية ـ إلى ابتداع جرائم لا يكون المشرع قد قصد حقيقة إلى إنشائها ، وإلى مجاوزة الحدود التى اعتبرها الدستور مجالا حيويا لمباشرة الحقوق والحريات التى كفلها . وأضافت المحكمة الدستورية العليا بأن انتفاء الغموض فى القوانين الجنائية يقع فى نطاق مجموعة القيم التى تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التى لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها[١].

(٢) **أن تتضمن النصوص تحديدا جازما لضوابط تطبيقها .** وفى هذا المعنى أكدت المحكمة الدستورية العليا أنه كلما أثم المشرع أفعالا بذواتها حال وقوعها فى مكان معين ، فإن تعيين حدود وأوصاف هذا المكان بما ينفى التجهيل بها ، يكون شرطا أوليا لصون الحرية الفردية التى أعلى الدستور قدرها ، وإن القيود التى تفرضها القوانين الجزائية على تلك الحرية ـ سواء بطريق مباشر أو غير مباشر ـ تقتضى أن تصاغ أحكامها بما يقطع كل جدل فى شأن حقيقة محتواها ، ليبلغ اليقين بها حدا يعصمها من الجدل ، وبما يحول بين رجال السلطة العامة وتطبيقها بصورة انتقائية ، وفق معايير شخصية تخالطها الأهواء ، وتنال من الأبرياء لافتقارها إلى الأسس الموضوعية اللازمة لضبطها[٢].

وقالت المحكمة الدستورية العليا فى حكم آخر لها : إن إهمال المشرع فى ضبط النصوص العقابية بما يحدد مقاصده منها بصورة ينحسم بها كل جدل حول حقيقتها ، يفقد هذه النصوص وضوحها ويقينها ، وهما متطلبان فيها ، فلا تقدم للمخاطبين بها

---

(١) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الثانى) ، قاعدة رقم ١٠ ص ١٠٣ ، دستورية عليا فى ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى ٣ مارس سنة ١٩٩٤ ، العدد (٩تابع) ، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ العدد (٢٩) ، وانظر دستورية عليا فى ١٥ مايو سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى ٢٧ يونية سنة ١٩٩٦ العدد (٢٥) .

(٢) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية» ، الجريدة الفرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ العدد (٢) ، أول أكتوبر سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٩٤ العدد (٤٢) .

إخطارا معقولا بما ينبغى عليهم أن يدعوه أو يأتوه من الأفعال التى نهاهم المشرع عنها أو طلبها منهم[1].

(٣) أن تحكم النصوص مقاييس صارمة ومعايير حادة تلتئم مع طبيعتها. وفى هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا بأن النصوص الجنائية تحكمها مقاييس صارمة ومعايير حادة تتعلق بها وحدها وتلتئم مع طبيعتها، ولا تزاحمها فى تطبيقها ما سواها من القواعد القانونية[2].

(٤) أن تصاغ النصوص الجنائية فى حدود ضيقة. وفى هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا بأنه لا يجوز أن يكون أمر التجريم فرطا، وهو ما يتحقق فى كل حال يكون فيه النص العقابى محملا بأكثر من معنى مرهقا بأغلال تعدد تأويلاته، مرنا متراميا على ضوء الصيغة التى أفرغ فيها[3]. وواضح من عبارات المحكمة الدستورية العليا سالفة الذكر أن معيار الوضوح والتحديد فى النصوص الجنائية يتطلب اليقين وعدم الغموض، والتحديد الجازم القاطع لضوابط التطبيق، والخضوع لمقاييس صارمة والمعايير الحادة، وأن تكون الحدود ضيقة لا انفلات فى عباراتها. ويشمل هذا المعيار كل ما يتعلق بقواعد التجريم والعقاب وقواعد الإجراءات الجنائية سواء بسواء.

١٦٣ـ (جـ) تكامل النصوص الجنائية مع القواعد العامة

تلعب القواعد العامة فى قانونى العقوبات والإجراءات الجنائية دورا مهما فى تحديد مضمون الشرعية الجنائية. فلا يقتصر هذا المضمون على ما يرد فى النصوص الجنائية بعيدا عما تحدده القواعد العامة التى تحكم هذه النصوص. فهذه القواعد العامة تعمل على توضيح أو تكملة النصوص التشريعية وإعطائها معناها المتكامل، وضمان التطبيق

---

(١) دستورية عليا فى ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٧ فبراير سنة ١٩٩٦ العدد (٧ مكررا)، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ (العدد ٢٩).

(٢) دستورية عليا فى ٣ أغسطس سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٥ أغسطس لسنة ١٩٩٦ العدد (٣٢).

(٣) دستورية عليا فى ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٣ مارس سنة ١٩٩٤ العدد (٩ تابع).

العام للحقوق أو الحريات، التى تتضمنها النصوص التشريعية أو الدستورية سواء صراحة أو ضمنا. وعلى هذا النحو، فإن القواعد العامة تبدو لازمة من حيث ضمان استمرارية وتماسك النظام القانونى الجنائى[1]. وتنال هذه القواعد ذات القيمة القانونية التى تنالها نصوص القانون، ولهذا فإن مخالفتها أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها يجعل الحكم معرضا للنقض.

ولعل أهم ما تؤكده القواعد العامة فى قانون العقوبات، يبدو فى تحديد أسباب الإباحة، وشخصية المسئولية والعقوبة، حدود السلطة التقديرية للقاضى إذا ما رأى تخفيف العقوبة، بالإضافة إلى غير ذلك من الأحكام العامة التى يضيفها المشرع فى حدود سلطته التقديرية، سواء من حيث تطبيق القانون من حيث المكان أو من حيث المساهمة الجنائية أو أركان الجريمة.

ومن المؤكد أن ما يرد فى القواعد العامة بشأن أسباب الإباحة، ليس قيدا على التجريم، لأن الأصل فى الأفعال الإباحة، والأصل فى الإنسان البراءة، والإنسان يملك حقا أساسيا فى الحرية الشخصية. وما يرد من قواعد التجريم والعقاب تأتى على سبيل الاستثناء الذى تتطلبه الموازنة بين حماية الحقوق والحريات وحماية المصلحة العامة. فإذا نظرنا إلى النظام القانونى كله والذى يسلم بأن الأصل فى الأفعال الإباحة، نجد أن القواعد المبينة لأسباب الإباحة ترتكز على هذا الأصل وتختص بتنظيمها ووضع حدود لممارستها لا لإنشائها، وما قواعد التجريم والعقاب إلا استثناء على هذا الأصل العام(٢). هذا بخلاف الحال بالنسبة إلى القواعد المقررة لموانع العقاب، فإنها تأتى قيدا على قواعد العقاب فتعطل تطبيق العقوبة بشروط معينة. وبعبارة أخرى، فإن القواعد المبيحة هى الأصل وقواعد التجريم والعقاب هى الاستثناء، وأن القواعد المانعة للعقاب قيد على قواعد العقاب من حيث تعطيل تطبيقها فى حالات معينة، مثال ذلك فى المادتين ٤٨ و٢٩١ من قانون العقوبات.

وبالنسبة إلى قانون الإجراءات الجنائية، فإن قواعده العامة ترتكز كذلك على الحقوق والحريات التى جاءت هذه القواعد قيدا عليها لكى تحقق توازنا بينها وبين المصلحة

---

(١) Merle et Vitu; Traité de droit criminal, T.I, 1997 Paris, No.193, p.272 et S.

(٢) انظر: T.Delogu; Les causes de justification, Cours de doctorat, Faculté de droit, Université du Caire, 1955, p.56-59.

العامة المتمثلة فى النظام العام الجنائى . وبالإضافة إلى ذلك تأتى القواعد العامة التى يضعها المشرع فى حدود سلطته التقديرية بما يتفق مع طبيعة الخصومة الجنائية .

وفى هذا الإطار، جاءت القواعد العامة المؤكدة للأصل فى المتهم البراءة وحقوق الدفاع وعلانية المحاكمة ومباشرة الإجراءات فى حضور الخصوم وشفوية المرافعة، كلها تعتمد على مجموعة من الركائز تمثل الحقوق والحريات، لكى تضمن حمايتها فى مقام إجراء التوازن بينها وبين متطلبات المصلحة العامة . وقد أدت محكمة النقض دورا مهما فى استخلاص هذه القواعد العامة، وتجلى ذلك بوجه خاص فى استخلاص نظرية البطلان الذاتى فى ظل قانون تحقيق الجنايات الذى خلا من تحديد أحوال البطلان[1]، وفى تحديد المقصود بالشكل أو الإجراء الجوهرى . وفى ضوء هذه القواعد العامة، أمكن استخلاص حكم القانون فى كثير من المسائل، ولعل من أهمها مبدأ الشك يفسر لمصلحة المتهم كنتيجة للأصل فى المتهم البراءة، وتحديد أثر استعمال الوسائل العلمية الحديثة فى الاستجواب . ففى ضوء القواعد العامة للإجراءات الجنائية بشأن طبيعة الاستجواب وكونه وسيلة من وسائل الدفاع بالإضافة إلى اعتباره إجراء من إجراءات التحقيق، قلنا إنه لا قيمة للحقيقة التى يتم الوصول إليها على مذبح الحرية، لأن الشرعية التى يقوم عليها نظام الدولة تتطلب حماية الحرية فى مواجهة السلطة، مما يتطلب أن يكون الاستجواب طريقا نزيها لمعرفة الحقيقة[2] .

وترتد معظم القواعد العامة فى الإجراءات الجنائية إلى الحماية الدستورية للحقوق والحريات، إذ تلقى هذه الحماية بأضواء كثيفة على الضمانات التى يجب أن تهيمن على ممارسة الإجراءات الجنائية، لكى تعتبر إطارا عاما لها يحكمها، ويضبطها[3] .

---

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة سنة ١٩٩٣ ص ٢٨٤ وما بعدها . وانظر رسالتنا للدكتوراه (نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية)، سنة ١٩٥٩ .

(٢) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق ص٥١٨ وما بعدها . وقد قلنا فى هذا المرجع أنه إذا صح الالتجاء إلى الوسائل العلمية لأغراض علاجية، فلا يجوز استعمالها للكشف عن الحقيقة فى الخصومة الجنائية، فإن الضمير يأباها لأنها تعامل الإنسان وكأنه محل تجربة فى معمل، وتحيى معنى التعذيب بما تحققه من سلب شعور الإنسان وتحطيم إرادته الواعية .

(٣) انظر مؤلفنا الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٥ .

الفصل الثـــانى
التفسير الدقيق للنصوص الجنائية

١٦٤ - القاعدة

يتقيد القاضى الجنائى بتفسير القواعد الجنـائية، وهى التى يتضمنها كل من قانونى العقـوبات والإجـراءات الجنائيـة، لنكشف حقيقـة محتواهـا فيما يتعلق بإرادة المشرع فى تحقيق فـاعلية العـدالـة الجنائيـة أو ضمان الحقوق والحريـات، ملتـزما فى ذلك بمبـدأ الشرعية الجنائية .

وقد تـوهم البعض بصـدد البحث فى قاعـدة مبدأ الشرعية الجنـائية، بأن القـاضى الجنـائى يلتـزم بـاتبـاع منهج معين فى التفسير يطلق عليـه التفسير الضيق أو الحرفى . وأنصـار هذا الاتجاه هم الـذين أنكـروا على القاضى الجنـائى سلطة التفسير ودعـوا إلى إسنادهـا إلى السلطة التشريعيـة، حتى لا يتحـول القضاة إلى مشرعين[1]. ولكن مبدأ الفصل بين السلطتين التشريعية والقضـائية لا يؤدى إلى رفع واجب تفسير القـانون عن عـاتق القضـاة لأن التفسير الصحيح يجب ألا يـوسع أو يضيق من النطـاق السليم للقانون، ولا يجوز أن ينشئ معنى يخرج عن إرادة القانون .

وإذا كان التجريم والعقـاب يستند إلى القانون، فإنـه من غير المفهوم، الحديث عن التفسير الضيق أو الحرفى للقـانـون. فـالقـاضى عندمـا يفسر القـانـون لا يعطى رأيـه الشخصى، ولكنه يبحث عن المعنى الحقيقى للقانون، وعن قيمته الموضوعية كما أرادها المشرع . هذا إلا أن منهج التفسير الحرفى أو الضيق يجد تبريـره الوحيـد فى العصر الذى نشأ فيه، حيث ظهرت المدرسة الكلاسيكية بزعـامة بيكاريا كرد فعل ضد تحكم النظام

---

(١) BECCRIA, Traité des délits et des peines1966, p.68 et s.

القديم والسلطة التحكمية للقضاة. ولكن المبدأ فى حد ذاته تنقصه الموضوعية، ذلك أن التفسير الضيق أو الحرفى يفترض الدقة من جانب المشرع فى التعبير عن إرادته وهى أمر غير موجود سواء من حيث الشكل أو الموضوع. فالقانون كثيرا ما يحتوى على عدم دقة فى الصياغة وكثيرا ما تشوبه بعض المتناقضات الظاهرية، ولا يمكن أن نطالب القاضى بأن يكون بوقا يردد هذه الأخطاء، فعليه أن يبحث عن إرادة واضع القانون من خلال كافة العبارات والصيغ المستعملة للتعبير عن هذه الإرادة[1]. ومتى كانت عبارة القانون واضحة لا لبس فيها، فإنها يجب أن تعد تعبيرا عن إرادة الشارع[2]. ومن ناحية أخرى، فإن إرادة المشرع التى ضمنها النص ليست مبدأ جامدًا محكوما بالوقائع الاجتماعية المتوافرة وقت وضع النص، بل هى إرادة متطورة بتطور هذه الوقائع الاجتماعية طالما أنها تراعى المصلحة الاجتماعية المحمية بالنص، ذلك أن هذه المصلحة تبلور إرادة المشرع وتحدد تبعا لها نطاق تطبيق نصوصه، ولم يصنع القانون من أجل اليوم فقط، بل إنه صنع من أجل المستقبل. وإرادة القانون بهذا المعنى تترك للتفسير مهمة تحديد معنى النصوص القانونية المجردة فى ضوء التحولات والتغيرات الاجتماعية. ولا يجوز المبالغة خشية افتراض القاضى لإرادة القانون لأنه يجب أن يلتزم دائما بالإرادة الحقيقية أو المفترضة افتراضا منطقيا فى ضوء الوقائع الاجتماعية الجديدة، ومع احترامه للصيغة التى استعملها القانون للتعبير عن هذه الإرادة تحقيقا للاستقرار القانونى. وكل انحراف من جانب القاضى عن هذا سوف يعتبر خطأ فى تأويل القانون تصححه محكمة النقض.

وإذا طبقنا هذا المنهج لوجدنا أنه يقدم لنا الحلول الصحيحة بوجه خاص عندما يعبر القانون عن فكرة متحركة متطورة بحسب طبيعتها مثل النظام العام أو الآداب العامة. وكذلك الشأن لمواجهة الاختراعات العلمية التى تصلح محلا أو أداة للجريمة، مثل الطاقة الكهربائية كمحل للسرقة، والراديو والتليفزيون كوسيلة للعلانية فى جرائم النشر.

وغنى عن البيان، فإن هذا المنهج فى تفسيره لا يترتب عليه مطلقا تجاوز المعنى

---

(١) Merle et Vitu, Traité.Tome, 1, p. 215.

(٢) نقض جنائى فى ٢٣ يونية سنة ١٩٧٥ الطعن رقم ٨٠٥ لسنة ٤٥ قضائية.

الواضح فى النص، ذلك أن المنهج السليم للتفسير هو فى معرفة إرادة المشرع من خلال الصيغة التى عبر فيها عن هذه الإرادة. هذا مع ملاحظة أن الوضوح المطلوب لا ينصرف فقط إلى عبارة النص، وإنما يتعلق أيضا بالمعنى والفكرة التى تنبثق عن النص، فلا يجوز الاعتماد على مجرد الوضوح اللغوى الذى قد لا يتفق مع الفكر الحقيقى للقانون، كما يبدو من مجموع نصوصه، وتاريخه، وأعماله التحضيرية [1]، وتطوره الاجتماعي والعلمى والفلسفى. فإطار القانون لا يتحدد بشكل جامد، وذلك باعتبار أنه قد صنع من أجل المستقبل.

ويلتزم القاضى الجنائى باحترام قواعد الدستور أثناء تفسيره للقواعد الجنائية، حتى يكون تفسيره مطابقا للدستور. ولا يقتصر الأمر على مجرد تحقيق هذه المطابقة، بل يتجاوزه إلى تحقيق مصداقية التفسير التى تعبر عن إرادة المشرع الواعية المتطورة. فالحقوق والحريات تتلقى مظلة حمايتها من الدستور ذاته، وما التشريع إلا منظم لهذه الحماية. ولهذا فإنه على الرغم من الأخذ بالرقابة السابقة فى فرنسا، فإنه من المقرر أن القاضى حين يطبق النصوص التشريعية يجب عليه تفسيرها وفقا للمعنى المطابق للدستور طالما أن نصوص التشريع تتسع لذلك. فإذا خلا نص تشريعى من ذكر ضمان أورده الدستور، فلا يفسر هذا الخلو بعيدا عن النص الدستورى، بل يجب تطبيق نصوص الدستور مباشرة لتوفير هذا الضمان[2].

١٦٥- تفسير المحكمة الدستورية العليا للتشريع

نصت المادة ٢٦ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية على أن «تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور، وذلك إذا أثارت خلافا فى التطبيق، وكان لها من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها». ويلاحظ أن اختصاص

---

(١) وغنى عن البيان أن الأعمال التحضيرية لا يمكن أن تغير من المعنى الواضح والمحدد فى النص. (انظر نقض جنائى فى ١٩ مايو سنة ١٩٤١ الطعن رقم ٦٩٧ لسنة ١١ قضائية).

Crim,29 déc.1900, siery,1901-1-108.

(٢) Louis Favoreu; La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale; Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honnour d'André Vitu, Edition cujas, 1989, p.201.

المحكمة الدستورية العليا بالتفسير التشريعى لا يغل اختصاص السلطة التشريعية فى إقرار قوانين التفسير. والفارق بين اختصاص المحكمة الدستورية العليا واختصاص السلطة التشريعية بالتفسير، أن الاختصاص القضائى الدستورى بالتفسير مشروط بشرطين: هما أن تكون للنص التشريعى المراد تفسيره أهمية جوهرية - لا ثانوية أو عرضية - تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التى ينظمها، ووزن المصالح المرتبطة بها، وأن يكون هذا النص - فوق أهميته - قد أثار عند تطبيقه خلافا حول مضمونه، تتباين معه الآثار القانونية التى يرتبها فيما بين المخاطبين بأحكامه بما يخل عملا بعمومية القاعدة القانونية الصادرة فى شأنهم، والمتماثلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها، ويهدر بالتالى المساواة بينهم فى مجال تطبيقها[1]. أما الاختصاص التشريعى بالتفسير فهو غير مشروط، والأمر متروك لتقدير السلطة التشريعية للحاجة فى إجلاء ما قد يكتنف النص من غموض يعرض للاختلاف فى التطبيق مما يمس بمبدأ المساواة أمام القانون.

وتفسير إرادة المشرع لا ينشئ حكما جديدا، بل يعتبر القانون التفسيرى، وكذلك قرار المحكمة الدستورية العليا بالتفسير، مندمجا فى النص موضوعه وجزءا منه لا يتجزأ، وساريا بالتالى منذ نفاذه، ومن ثم يعتبر النص محل التفسير وكأنه صدر ابتداء بالمعنى الذى تضمنه قانون أو قرار التفسير، وليس ذلك إجراء لأثر رجعى لهذا القانون أو القرار، بل هى إرادة المشرع التى حمل النص القانونى عليها منذ صدوره بعد تجليه دلالته[2]

ومن ناحية أخرى فقد بينا فيما تقدم عند دراسة منهج الرقابة على دستورية القوانين أن المحكمة الدستورية العليا قد تلجأ إلى تفسير النص التشريعى المطعون فيه على نحو يجنبها الحكم بعدم دستوريته[3] أو فى مجال الحكم بعدم الدستورية. وإذا كان هذا التفسير هو دعامة الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا وكان القول به فى مجال الفصل فى مسألة دستورية فإنه ينال الحجية المطلقة والكاملة التى أسبغها قانون المحكمة الدستورية العليا على أحكامها[4].

---

(١) دستورية عليا فى ٣٠ يناير فى سنة ١٩٩٣ فى طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «تفسير».

(٢) القرار التفسيرى للمحكمة الدستورية العليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ السالف الإشارة إليه.

(٣) الدستورية العليا فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية، العدد ٣٥ فى ١/٩/١٩٩٤.

(٤) الدستورية العليا فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٤ سالف البيان.

١٦٦ـ الشك فى تحديد إرادة المشرع

من المقرر قانونا أن الشك يفسر لمصلحة المتهم عندما يرد على أدلة إثبات التهمة. وهى قاعدة من قواعد الإثبات تتفرع عن الأصل فى التهم البراءة، إلا أنه يدق البحث عند الشك فى تحديد معنى القانون، وهو ما يتولد عند الشك فى تحديد إرادة المشرع، فالقاضى مكلف باستخلاص معنى القانون وتحديد نطاقه، ولا يجوز له أن يوقف الدعوى انتظارًا لرأى خبير فى نقطة قانونية، كما لا يجوز له الامتناع عن القضاء بحجة أن القانون من الصعب التوصل إلى معناه. فإن الفرض فى القانون أنه يستهدف معنى معين، فالمشرع لا ينطق باللغو. ومن ناحية أخرى لا يقبل الاعتذار بالجهل بالقانون، فكل شخص يفترض فيه العلم بالقانون بمعناه، بإرادته، بنطاق تطبيقه، ولا يقبل من جانبه الدفع بالشك فى تحديد معنى القانون أو إرادته. إذن، فإن واجب الفرد هو العلم بالقانون، ووظيفة القاضى هى تطبيق القانون، وكلا الاثنين لا يجيز الادعاء بوجود شك فى تحديد معنى القانون. فهذا الشك معناه عدم الاستقرار على معرفة إرادة القانون، وهذه الإرادة أمر يجب السعى نحو الإحاطة بها وعدم الخلاف فى تحديدها، لأنه لا وجود للقانون دون إرادة. والقانون إما أن يكون أو لا يكون، هذا بخلاف أدلة الإثبات فإن تقديرها أمر موضوعى يتوقف على الاقتناع الشخصى. ومن المتصور حصول شك فى تقدير قيمة الأدلة، فماذا يكون الحل عندئذ؟ إنه لابد من الرجوع إلى الأصل العام وهو براءة المتهم حتى تثبت إدانته. هذا بخلاف الحال عند الشك فى تحديد إرادة القانون، فإن ذلك الشك لا يستقيم مع واجب القاضى فى تفسير القانون من أجل تطبيقه. ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الامتناع عن تطبيق القانون على المتهم بحجة أنه غامض لا يصلح أن يكون عذرًا[١]، وأنه لا يجوز تبرئة المتهم بناء على أن مجرد الشك فى تحديد معنى القانون يفسر لمصلحة المتهم[٢]. وطالما كان فى استطاعة القاضى تحديد معنى القانون، وجب عليه الوصول إلى هذه الإرادة دون تغليب معنى على آخر، وبناء على أن أحد المعنيين هو فى صالح المتهم؛ لأن الهدف الذى يتوخاه دائما هو فى تحديد إرادة القانون أيًا كان اتجاهها سواء كان فى صالح المتهم أو فى غير صالحه. ومع ذلك، فإن النص القانونى قد يكون بالغ الغموض وينقصه التحديد مما يجعل مهمة القاضى

---

(١) Crim, 28 Juin1912, Bull, No355.

(٢) Crim,24 Janvier1936.

فى التفسير مستحيلة . ففى هـذه الحالـة لا نكـون بصـدد مجرد شك فى تحديـد إرادة القانـون ، وإنما نكون حيـال تعذر كامل فى تحديـد هذه الإرادة . وأمـام غموض النص وعـدم تحديده لا يمكن نسب الجريمـة إلى المتهم أو الحكم عليـه بعقوبـة ما ، لأنـه لا جريمـة ولا عقوبـة إلا بنص . وهذا المبـدأ يفترض الوضـوح والتحديـد فى النص حتى يكون مصدرا للتجريم والعقاب . ويسرى ذات المبدأ إذا كان النص متعلقا بإجراء ماس بالحريـة ، فإن عدم تحديـد إرادة المشرع حول المساس بـالحرية يتطلب إهـدار إرادة هذا المساس . تأكيدا للأصل العام فى الإنسان وهو البراءة .

ومع ذلك ، فإن مجرد الشك فى تفسير قانون العقوبات يفسر لمصلحة المتهم[1]، بعد أن يعجز القاضى عن تحديـد معناه . وإذا كان النص غامضًا يفتقـر إلى التحديد أصبح غير صـالح للتجريم والعقـاب وغير صالح للمساس بالحريـة الشخصية فى الإجـراء الجنائى ، ممـا يتعين معه إهمال النص والعودة للقـواعد العـامة . فإذا تعذر تحديـد أحد نصوص التجريم تعين تبرئة المتهم باعتبـار أن الأصل فى الأفعال الإباحة ، وإذا أصاب التعذر نصا يتعلق بأحد الظروف المشددة تعين إهدار هذا الظرف .

وكذلـك الشأن بالنسبـة إلى قواعد الإجـراءات الجنائيـة ، فإذا تعلق الغمـوض بقيد إجرائى ضد المتهم تعين إسقاطه وعـدم اشتراطه . أما إذا تعلق الغموض بضمان إجرائى لصالح المتهـم ، فإنه لا يؤثر فى مبـدأ توافر الحرية التى يحميها هذا الضمان ، لأن الأصل هـو تمتع الفـرد بـالحريـة ، وبـراءة المتهـم ويتعين على القـاضى أن يفسر إرادة المشرع فى الجانب الذى يتفق مع هذا الأصل العام .

١٦٧ـ مدى سلطة القاضى الجنائى فى الالتجاء إلى القياس

القياس هو وسيلة عملية تهدف إلى استكمال مـا يشوب القانون من نقص عن طريق إيجاد الحل لمسألة لم ينظمهـا القانون وذلك عن طـريق استعارة الحل الذى قرره القـانون لمسألة مماثلة لها . وعلى هذا النحو فإن القياس ليس وسيلة لاستخلاص إرادة القانون فى إطار الصيغة التى استعملها ، بل إنـه يفترض أن القانون لم ينظم المسألة محل البحث ولم يقدم لها مباشرة الحل الواجب التطبيق .

---

(١) نقض جنائى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٧٢ ، الطعن رقم ١٥١ لسنة ٤٢ قضائية .

ومن المقرر أن التوازن بين الحقوق والحريات فيما بينها، أو بينها وبين المصلحة العامة يتطلب وضع حدود لممارسة الحقوق والحريات، وإعطاء حدود لممارسة الحقوق والحريات، وإعطاء المشرع سلطة التجريم والعقاب. ولاشك أن هذه السلطة تأتى قيدا على الحقوق والحريات تقتضيه الضرورة الديمقراطية. وهذا القيد بطبيعة الحال لا يجوز التوسع فى تفسيره، لأنه استثناء على أصل عام، والاستثناء لا يقاس عليه.

من أجل هذا، فإنه طبقا لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات تقتصر مهمة التجريم وتقرير العقاب على القانون وحده، ولا يملك القاضى أى سلطة فى هذا الشأن ولو كان عن طريق سد ثغرة فى القانون بواسطة القياس(1). لقد اقتضت حماية الحرية الفردية أن يكون التجريم والعقاب بيد المشرع وحده، وأن يقتصر دور القاضى على مجرد التفسير كخطوة نحو التطبيق السليم للقانون.

على أن قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات لا تتعارض إلا مع استعمال القياس من أجل خلق جريمة جديدة أو عقوبة جديدة أو ظرف مشدد جديد. ولكنه لا يتعارض مطلقا بالنسبة إلى تطبيق النصوص لصالح المتهم كالتى تقرر أسباب الإباحة أو موانع المسئولية أو موانع العقاب أو الأعذار القانونية المخففة.

ففى هذه الحالات لا يؤدى القياس إلى الافتئات على سلطة المشرع وحده فى التجريم وفرض العقاب، بل إن هذا القياس هو استصحاب على الأصل العام فى الأفعال وهو الإباحة. والقياس فى هذا المجال هو تأكيد لهذا الأصل العام ومن ثم فإنه جائز قانونا.

وقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على إجازة القياس لصالح المتهم. من أمثلة ذلك أنه قاس على السرقة بين الأصول والفروع والأزواج التى لا تؤدى إلى غير التعويض المدنى (المادة ٣٨٠ عقوبات)، جرائم النصب(2). وخيانة الأمانة(3). كما استخلص القضاء الفرنسى أن حالة الضرورة تعتبر من أسباب الإباحة رغم عدم وجود

---

(١) COLMAR, 6 Décembre 1975, D., 1958, p.357; Rennes, 25 Février 1957, D., 1957, p.338, Crim. 25 Juin 1958, p.293.

(٢) هذا ما لم ينص المشرع صراحة على ذلك مثل القانون السوفيتى ١٩٢٦ (الملغى بالقانون الصادر فى ٢٥ ديسمبر ١٩٦٨) والقانون الألمانى الصادر فى ٢٨ يونيو ١٩٣٥ (والملغى بالقانون الصادر فى ٣٠ يناير ١٩٤٦)، وقانون العقوبات الدانمركى الصادر ١٩٣٠ (المادة الأولى).

(٣) Trib. corr. seine,27 décembre 1946, G.P. 12.

نص خـــاص بهذا المعنى [(١)]، نص عليهـا قانـون العقـوبـات الفرنسى الجديـد المادة ١٢٢ـ٧ . وقد استقـر قضاء محكمة النقض المصريـة كذلك على إجازة القيـاس لصالح المتهم[(٢)].

ومن ناحية أخرى، فيجـوز القياس فى قانون الإجراءات الجنائية بـالنسبة إلى القواعد التى تكفل الحرية الفردية، استصحابـا على أن الأصل فى الفرد هو التمتع بالحرية، لأن الأصل فى المتهم البراءة، وهـو ما يقتضى تأكيـد كافـة ضمانات حـريته الفـردية . هـذا بخلاف القواعد الإجـرائية الماسة بالحرية، فقد وردت على سبيل الاستثنـاء . وقد توهـم البعض أن تقيد القـاضى الجنائى بقاعـدة الشرعية يلزمه بـاتباع منهج معين فى التفسير الضيق أو الحرفى . وأنصـار هذا الاتجاه هم الـذين أنكروا على القـاضى الجنائى سلطـة التفسير ودعــوا إلى إسنـادهـــا إلى السلطـة التشريعيـــة، حتى لا يتحـول القضـــاة إلى مشرعين[(٣)]. ولكن مبدأ الفصل بين السلطتين القضائية والتشريعية لا يمكن مطلقا أن ينزع من القضاة رخصة تفسير القـانون، لأن التفسير الصحيح يجب ألا يوسع أو يضيق من النطاق السليم للقانون، ولا يجوز أن ينشئ معنى يخرج عن إرادة القانون، وإذا كان التجريم والعقاب يستند إلى القانون، وكان منهج التفسير المتبع لا يخرج عن نطاق هذا

---

(١) Cass. 27 Octobre 1916, Bull., p. 225.

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية القياس بالنسبة إلى خيانة الأمانة فى الأوراق الموقعة على بياض.

(Cass. 19 Novembre 1948, J.C.P. No. 4740).

(٢) انظر القياس على حالات الدفاع الشرعى نقض أول فبراير فى عام ١٩٣٧ مجموعة قواعد جـ ٤ رقم ٤٠ ص ٣٦، وموانع العقـاب نقض ٢٧ يونية فى عـام ١٩٣٧، مجموعة القواعـد جـ ٢ رقم ٢٦٢ ص ٥٩٦، ١٩ فبراير ١٩٣٤ جـ ٣ رقم ٢٠٩ ص ٢٧٢، ١٥ ديسمبر ١٩٤١ مجموعـة القـواعـد جـ ٥ رقم ٣٢٢ ص ٥٩٧.

(٣) BECCARIA, Traité des délits et des peines,1966, p. 68 et s.

(طبعة فـرنسية جـديدة مع مقـدمة لـلأستاذين مـارك آنسل وستيفانـى). ويرى البعض أن تفسير قـانون العقوبـات يجب أن يكون حـرفيا، لأن النص يجب أن يكون واضحـا مفهوما للمخـاطبين بالقـانون، فهم الذين يقع عليهم الالتـزام بمعرفـة القانون، وهـؤلاء ليسوا ملتزمين بـدراسته كفقهـاء ولا بمقارنة نصـوصه المختلفة، ولا بالبحث فى عناء عن روح القانون للتوصل إلى معرفة القاعدة التى تحكم نشاطهم.

(FAUSTIN Helle, Interpretation de la loi pénale, Rev. critique 1854, p.108).

وهذا الاعتراض يصدق عندما يؤدى تفسير القانون إلى التـوسيع من نطاقه خارج حدوده الصحيحة، وهو أمر غير جائز. هـذا فضلا عن أنه من المسلم به طبقـا لقاعدة الشرعية أن نصـوص القانون يجب أن تتسم بالوضوح. وكل نص غامض يصعب فهمه لدى المخاطبين بالقانون يعتبر غير شرعى.

القـانـون. فـإنـه من غير المفهـوم، الحديث عن التفسير الضيـق أو الحرفى للقـانـون. فـالقاضى عنـدمـا يفسر القـانون لا يعطى رأيـه الشخصى، ولكنـه يبحث عن المعنى الحقيقى للقـانـون عن قيمتـه الموضوعيـة كما أرادهـا المشرع. هـذا إلى أن منهج التفسير الحرفى أو الضيق يجد تبريـره الـوحيـد فى العصر الـذى نشأ فيـه حين ظهـرت المدرسـة الكلاسيكيـة بزعـامة بيكـاريا كـرد فعل ضد تحكم النظـام القديم والسلطـة التحكمية للقضاة. ولكن المبدأ فى حد ذاتـه تنقصه الموضوعية، ذلك أن التفسير الضيق أو الحرفى يفترض الاتفـاق من جـانب المشرع فى التعبير عن إرادتـه لكشف الحقيقة وتقـريـر حق الدولـة فى العقاب. ونظـرا لتعلق هـذا الحق بالحريـة الشخصية فـلا يجوز تنظيمها إلا بقانـون، ومن ثم فإن القياس عليهـا غير جائز[1]. وتطبيقا لذلك حكـم فى فرنسا بأن النص على التزام الخبير بحلف اليمين قبل مباشرة مهمته عند انتدابه فى أحوال التلبس، يمكن القيـاس عليه بالنسبـة إلى جميع الخبراء[2]، وأن النص على عـدم تحليف اليمين بـالنسبة إلى الشـاهد الـذى لم يبلغ الخامسة عشر فى التحقيق الابتـدائى يسرى من قبيل القياس على التحقيق أمام المحكمة[3]. وقد حكـم بإبطال الاعتراف الذى حصل عليه البوليس بطريق التليفـون قياسـا على المبادئ العـامة لحقوق الـدفاع. وقضـت محكمة النقض المصرية بقيـاس جريمتى النصب وخيانـة الأمانة على السرقة بـالنسبة إلى تعليق رفع الدعوى الجنائية على تقديم شكوى من المجنى عليه فى جريمة السرقة التى تقع بين الأصل والفروع والأزواج، وذلك طبقا للمادة ٣١٢ عقوبات[4].

---

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية، ١٩٧٠ ص ٨.

فى هذا المعنى :

Léauté, les principes généraux relatifs aux droits de défense, Rev. Sc. crim. 1953, p.50.

Merle et Vitu, 1073, Tome 1, p.219.

ومع ذلك انظر حكم المحكمة العليـا الليبية فى ٧ مارس فى عام ١٩٥٦ الـذى قضى بسقوط الطعن المرفوع من المتهم الذى يهرب من السجن بعد بدء التنفيذ عليـه وقبل أن تفصل المحكمة فى طلبه وذلك قياسا على (المادة ٣٩٥) إجراءات ليبى التى نصت على سقـوط الطعن المرفوع من المتهم المحكوم عليه بعقـوبة مقيدة للحريـة إذا لم يتقدم للتنفيـذ قبل يوم الجلسـة (هذا الحكم مشار إليـه فى كتاب الـدكتور عـوض محمد عن الأحكام العامة فى قانون الإجراءات الجنائية الليبى، الجزء الأول، الإسكندرية ١٩٦٨ ص ٢٥).

(٢) Merle et vitu, 1973, tome1, p.21a.

(٣) Chambres reunies, 3 Décembre 1812, 16 Juillet 1835, le Octobre 1857.

(٤) نقض ١٠ نوفمبر فى عام ١٩٥٨ مجموعة الأحكام س ٩ رقم ٢١٩ ص ٨٩١.

الفصل الثـــالث
نطاق تطبيق قانون العقوبات

المبحث الأول
عدم رجعية قانون العقوبات

١٦٨ ـ فكرة عامة

يعتبر مبـدأ عـدم رجعية مبـدأ قـانـون العقوبـات من المبـادئ المسلم بها فى الـدول الديمقراطية . ولكنه لم يتقرر إلا تدريجيا على مدى تاريخ الحضارة الإنسانية . فقد جهله القانـون الرومـانى ، وبدا بصـورة مترددة متواضعـة فى العصور الـوسطى[١] . وعرفته الشريعة الإسلامية إذ جاء فى القرآن الكريم : ﴿وما كنا معذّبين حتى نبعث رسولا﴾ . وقد أشـارت هذه الآية الكريمـة إلى عدم رجعية التجريم والعقـاب . ومع ذلك فقد لاذ رجال القانـون الجنائى فى القرنين السابع عشر والثامن عشر بـالصمت تجاه هذا المبدأ ، حتى اندلعت الثورة الفرنسية فكان مـن مبادئ إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عنها فى ٢٧ من أغسطس عـام ١٧٨٩ (المادة ٨) . وأصبح من مبادئ الإعـلان العالمى لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ (المادة ١١) . ونصت عليه الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (المادة ٧) . وتضمنه العهـد الدولى المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية (المادة ١٥) . وتأكد هذا المبدأ فى مختلف دول العالم[٢] ، ويمثل فى مصر قيمة

---

(١) ظهر ذلك فى القانون الكنسى وبعض كتابات المعلقين الإيطاليين على النصوص الرومانية .

(٢) انظر:

Le principe de non - rétroactivité des lois, VII Table Ronde internationale du 11 Juillet 1990 (Aix - en provence), Annuaire International de Justice constitutionnelle, Paris, Economica, 1990, p.321 -448.

دستـوريـة ، إذ نص عليـه الدستـور المصرى الصـادر فى عـام ١٩٧١ فى المادة ٦٦[١]، وأكدت نطاقه المحكمة الدستورية العليا .

وقـد لوحظ مع ذلك أن التـاريخ الحديث قـد عرف بعض الانتهـاكـات لمبدأ عـدم الرجعية . فبـالإضافة إلى النظم الشمولية التى انتهكت مبدأ الشرعيـة الجنائية من حيث الأصل ، فقد عرف هذا المبدأ فى فرنسا فى القانون الصادر فى ١٤ من نوفمبر عام ١٩١٨ بشأن المعاقبة على الخيانة العظمى والجاسوسية بمصادرة المبالغ التى تلقاها مرتكبو هذه الجرائم منذ ٢ من أغسطس عـام ١٩١٤ . وعرض فى الحرب العالميـة الثانية فى القـانون الصادر فى ٣٠ من يوليو عام ١٩٤٠ بإنشاء محكمـة عدل عليا ، وفى القانون الصادر فى ١٤ من أغسطس عام ١٩٤١ بإنشاء دوائر خاصة بمحاكم الاستئناف لمحاكمة مرتكبى جرائم العصيان والشيوعيين ، وفى القانـون الصادر فى ٧ من سبتمبر عام ١٩٤١ بإنشاء محكمة الـدولة ، وفى القـرارات الصادرة فى ٢٦ من أغسطـس و٢٦ ديسمبر عام ١٩٤٤ بتجريم المروق عن الوطنيـة بالحرمان من الحقوق الـوطنية ، وينطبق على من اشتركوا مع العدو فى الفترة ما بين ١٦ من يونيو ١٩٤٤ إلى حين تحرير الأراضى[٢] .

كما نصت على رجعيـة النظـام الأساسى لمحكمـة نـورمبرج لمجرمـى الحرب العالميـة الثانية والتى أنشئت بمقتضى اتفاقية لندن فى ٨ من أغسطس عام ١٩٤٥ ، فقد نصت المادة ٦/ حـ منـه على جواز محاكمة المجرمين عن الجرائم ضد الإنسانيـة التى ارتكبوها ولو لم تكن معـاقبا عليها فى القوانين الـداخلية للبلاد التى ارتكبوا جـرائم على إقليمها . وبهذا المعنى ذاته قضى النظـام الأساسى للمحكمة الدولية الجنـائية التى أنشأتها الأمم المتحـدة فى عام ١٩٩٣ لمحـاكمة مجرمى الحرب فى يـوغـوسلافيـا السابقـة ، وذلك عن الجرائم التى وقعت منذ أول يناير عام فى ١٩٩١ . ويـلاحظ أن هذه الاستثناءات ترتبط

---

(١) نص دستور ١٩٢٣ على هذا المبدأ فى مادته السادسة ، وكذا دستور ١٩٣٠ . وقد خلا الإعلان الدستورى الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ عقب قيام ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ من نص يخول مجلس الوزراء الذى عهـد إليه ممـارسة السلطـة التشريعية رخصـة إصـدار القوانين بأثـر رجعى عدا القـوانين الجنائيـة ، إلا أن المحكمة العليا أكدت التزام مجلس الـوزراء بهذا المبدأ باعتباره من الأصول الدستورية العـامة (٧ يونية سنة ١٩٧٥ ، مجموعة أحكام وقرارات المحكمـة العليا ، القسم الأول ، الجزء الأول قاعدة رقم ٢٩ ص ٣١٤) . وجاء دستـور ١٩٥٦ فأكد هـذا المبدأ (المادة ٣٢) ومن بعـده الدستور المؤقـت سنة ١٩٥٨ (المادة ٧) ثم دستور سنة ١٩٦٤ (المادة ٥٢) .

(٢) Merle et Vitu., T.I, op. cit., No.252, p.342, 343.

إما بالمحاكمات السياسية خاصة عن جرائم التعاون مع الأعداء، وإما بالمحاكمات ذات الطبيعة الدولية عن بعض الجرائم الدولية معبرة بذلك عن الإرادة السياسية للدول الموقعة على اتفاقية إنشاء المحكمة.

١٦٩ - حماية الحقوق والحريات كأساس لمبدأ عدم الرجعية

عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا فى قولها بأن خضوع الدولة للقانون محددا على ضوء مفهوم ديمقراطى مؤداه ألا تخل تشريعاتها بالحقوق التى يعتبر التسليم بها فى الدول الديمقراطية مفترضا أوليا لقيام الدولة القانونية، وضمانة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة. ومما ينافى مفهوم الدولة القانونية على النحو السالف بيانه أن تقرر الدولة سريان عقوبة بأثر رجعى، وذلك بتطبيقها على أفعال لم تكن حين إتيانها تشكل ذنبا مؤاخذا عليه بها مثلما هو الحال فى الدعوى الراهنة[١]. وأكدت أن مبدأ عدم رجعية القوانين العقابية يقيد السلطة التشريعية إعمالا لمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة وصونا للحرية الشخصية بما يرد كل عدوان عليها[٢].

وقد لاحظ المشاركون فى المائدة المستديرة الدولية السابعة المنعقدة فى «إكس آن بروفانس» فى ١١ من يوليو عام ١٩٩٠ لبحث مبدأ عدم رجعية التشريعات بأهمية حماية المواطنين ضد تحكم السلطات العامة فى البلاد التى لا تكفل فيها تماما الحقوق الأساسية وذلك بكفالة عدم الرجعية تحقيقا للأمن القانونى "sécurité juridique"[٣]. ويعتبر مبدأ عدم الرجعية فى ألمانيا من متطلبات الدولة القانونية باعتبار أن خضوع الدولة للقانون لا يتمثل فقط فى توزيع الاختصاصات بين أجهزة الدولة، وإنما يتمثل كذلك فى التزام هذه الأجهزة جميعها باحترام الحقوق الأساسية للأفراد. وقد لوحظ أنه منذ عام ١٩٤٩ ظهر مبدأ الأمن القانونى، وأنه رغم تطبيق هذا المبدأ فى بداية الأمر بواسطة

---

(١) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول)، قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩).

(٢) دستورية عليا فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٧ ص ٦٨، دستورية عليا فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ١٠ فى ٦ مارس سنة ١٩٩٧.

(٣) Franck moderne; Rapport de synthèse, Annuaire international de la justice constitutionnelle, Paris, Economica, 1990, p.442.

القاضى الإدارى، إلا أنه سرعان ما تلقفته المحاكم الدستورية وطبقته على التشريعات، وأصبح على المشرع الالتزام بمراعاة عدم الرجعية احتراما للثقة المشروعة للفرد فى نوع من الاستقرار لمركزه القانونى[١].

وقد عبر البعض[٢] عن الحقوق التى يحميها مبدأ عدم الرجعية تحت مسميات شتى؛ فذهب البعض إلى أنه يحمى مبدأ المساواة أمام القانون، للحيلولة دون تحكم وقسوة القانون الرجعى فى مواجهة بعض المواطنين ممن طبق عليهم هذا القانون، ويحمى مبدأ الفصل بين السلطات، ويحمى الحقوق المكتسبة للمواطنين.

وقد عنيت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بتأكيد هذا المبدأ بما قررته من أن الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من الدستور ـ وكذا المادة ١٨٧ منه ـ ترددان مبدأ أساسيا من مبادئ الدساتير الحديثة يقيد المشرع فلا يملك بمقتضاه أن يصدر تشريعا عقابيا بأثر رجعى عن أفعال وقعت قبل نفاذه وإلا كان هذا التشريع مخالفا للدستور[٣]. كما عنيت بتطبيق هذا المبدأ على سائر أنواع العقوبات ـ ومنها العقوبات التأديبية[٤]. وهو ما أكده كذلك المجلس الدستورى الفرنسى الذى ذهب إلى أبعد من ذلك مقررا انطباق المبدأ على كل جزاء يتضمن طابع العقاب حتى ولو ترك تطبيقه لجهة غير قضائية[٥]. بل ذهب هذا المجلس إلى تطبيق المبدأ على تنفيذ العقوبات من حيث المدة التى يمكن أن يقضيها المحكوم عليه فى السجن[٦].

---

(١) Michel Fromont, Allemagne, Annuaire, op. cit., 1990, p.322.

(٢) Epaminodas Spillotopoulos, Gréce, Annuaire, op. cit., 1990, p.377.
Franck Moderne, Annuaire, op. cit., 1990, p.443.

(٣) دستورية عليا فى إبريل سنة ١٩٨٧ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ٦ قضئية «دستورية». وفى هذا الحكم قضت المحكمة بعدم دستورية البند (أ) من المادة الخامسة من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٨٧ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى والتى نصت على حظر الانتماء إلى الأحزاب السياسية أو مباشرة الحقوق والأنشطة السياسية لكل من حكم بإدانته فى الجناية رقم (١) سنة ١٩٧١ مكتب المدعى العام الخاصة بمن شكلوا مراكز قوى بعد ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢، وذلك على أساس أن هذه العقوبة فرضت عن فعل سابق على نفاذ القانون.

(٤) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٢ سالف الذكر (القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية»)، الجريدة الرسمية فى العدد ٤، ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الأول) قاعدة رقم ١٤ ص ٨٩.

(٥) 155 Dc du 30 Décembre 1982 Louis Favoreu; La constitutionnalisation de droit pénal et de procédure pénale, op. cit., p.186.

(٦) 3 Septembre 1986 مشارا إليه فى مقال: Louis Favoreu, op. cit., p.186.

ويسرى هذا المبـدأ على كل من نصوص التشريع والنصـوص اللائحيـة التى تصدر بناء عليه طبقا للمادة ٦٦ من الدستور[١].

وواقع الأمر أن مبـدأ عدم رجعية القواعـد الجنائية يـرتكز على مبدأ الشرعية الجنـائية بوصفهـا ضمانا لحمايـة الحقوق والحريات. فـالرجعية فى المواد الجنـائية تتنـاقض مع ما يتطلبه مبدأ الشرعية من إخطار سابق وصريح للمواطنين بالتجريم والعقاب وغيرها من الإجراءات المقيدة للحرية التى تولد اليقين القانـونى لدى المخاطبين بالقانون. وقد رأينا كيف أن هـذا الإخطـار يجب أن يتم بعبـارات واضحـة محكمـة منضبطـة حتى يـؤتى فعاليتـه، فماذا لو أهـدره القانون كليـة بالنص على الرجعيـة؟ فى هذه الحالـة ينافى كل مفهوم للشرعية الجنائية.

١٧٠ ـ شروط تطبيق المبدأ على قواعد التجريم والعقاب

يتوقف تطبيق مبدأ عدم الرجعية على قواعد التجريم والعقاب على توافر شرطين:

(١) أن يكون القانون الجديد أسوأ للمتهم.

(٢) أن يعمل بالقانون الجديد بأثر رجعى قبله.

١٧١ ـ (أولا): أن يكون القانون الجديد أسوأ للمتهم

يعتبر القانون الجديـد فيما يتعلق بالتجريم أسوأ للمتهم إذا استحـدث تجريما جديدا أو وضع قيودا على ممارسة أحد أسباب الإباحة، أو غير تكييف الواقعة المكونة للجريمة من نـوع أخف إلى نوع أشـد، أو مد نطاق تطبيق الجريمـة من حيث المكـان على وقائع سابقة عليـه توافرت فى هذا المكـان. وقد يمتد نطاق التجريـم إلى حماية مصالح لم تكن محمية وفقـا للقانـون الجديد أو إلى الإخـلال بعقود لم يشملهـا القانـون الجديد، أو من خلال توسعة تعريف أحد البضـائع التى تقع عليها جريمة الغش، أو أضفى التجريم على فعل كان مباحا من قبل. وكذلـك الشأن إذا أنقص القانون الجنائى عنصرا فى أحد أركان الجريمة كـان يتطلبه القانون القـديم، مثل القصد الخاص، أو الشرط المفترض، أو أنقص مانعا من موانع المسئولية أو تشدد فى شروطه.

---

(١) انظر بحثا للمستشار عبد الرحمن نصير فى دستورية التشريع رجعى الأثر ص ٨.

(ب) ويعتبر القانون الجديد أسوأ للمتهم فيما يتعلق بالعقاب إذا ألحق بالجانى عقوبة أشد مما كان ينص عليه القانون القديم سواء من حيث النوع أو القدر أو من حيث الحد الأدنى أو الأقصى أو من حيث استحداث عقوبة تبعية أو تكميلية ، أو جعل العقوبة التكميلية وجوبية بعد أن كانت جوازية ، وكذلك الشأن بالنسبة إلى استحداث ظروف مشددة أو إلغاء أحد موانع العقاب أو جعلها جوازية بعد أن كانت وجوبية ، أو تشديد العقوبة على ذات الظرف المشدد .

وقد يصدر قانون جديد بتعديل قواعد تقادم العقوبة . ويعتبر هذا القانون من قوانين العقوبات ، لأنه يؤثر فى مضمون العقوبة ، فيسرى فى شأنه مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات بالنسبة إلى القواعد التى تسىء إلى المتهم ، مثل النصوص التى تطيل فى مدة التقادم .

وكذلك الشأن بالنسبة إلى قواعد تنفيذ العقوبة ، وهى التى تحدد وسائل تنفيذ العقاب سواء من حيث بدايتها أو شكلها أو تعديلها أو انقضائها ، مثل قواعد التنفيذ العاجل للعقوبة ولو كان الحكم قابلا للاستئناف ، وقواعد الإفراج الشرطى أو قواعد الإكراه المدنى لتنفيذ الغرامة ، أو قواعد تفريد التنفيذ العقابى ، أو قواعد تنفيذ العقوبات عند تعددها . وتعتبر شرعية التنفيذ العقابى أحد أوجه الشرعية الجنائية لتعلقها بحماية حقوق وحريات المتهم ، وذلك باعتبار أن القيود المفروضة على المحكوم عليه لا تحول دون تمتعه بحقوقه وحرياته كإنسان فى الحدود التى لا تتعارض فيها مع العقوبة المقضى بها عليه . ومن ثم ، فإنه لا يجوز تطبيق قواعد التنفيذ العقابى بأثر رجعى .

١٧٢ - (ثانيا) : أن يعمل بالقانون الجديد بأثر رجعى

لا يعتبر القانون معمولا به بأثر رجعى إلا إذا شمل نطاق تطبيقه من حيث الزمان واقعة تمت قبل العمل بهذا القانون ويستوى فى هذه الواقعة أن تشتمل على النشاط الإجرامى أو على محله ، إذ كل منهما لا ينفصل عن الآخر[1]. ولا تتوافر الرجعية إذا لم

---

(١) مثال ذلك ، صدور قانون ضريبى عدل فى وعاء الضريبة وفى فئاتها بأثر رجعى ؛ فإنه لا يجوز تطبيقه بأثر رجعى بالنسبة إلى التهرب من الضريبة أو الشروع فيه . (مثال ذلك ، المادتان ٤٣ و ٤٤ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ بإصدار قانون الضريبة على المبيعات فى ضوء القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام هذا القانون الذى أضاف بأثر رجعى بعض السلع أو الخدمات وعدل فى فئات الضريبة . (انظر المواد ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ من هذا القانون) .

ينتج القانون آثاره إلا من حيث المستقبل رغم تطبيقه على وقائع سابقة على تاريخ العمل به إذا كانت الوقائع قد استمرت بإرادة صاحبها كما هى الحال فى الجرائم المستمرة، أو فى الجرائم المتتابعة أو فى جرائم الاعتياد. ففى الجرائم المستمرة يستمر نشاط الجانى بعد إتمام الجريمة، مما يجعل الجريمة متجددة فى كل لحظة من لحظات الاستمرار لأنها فى هذه اللحظات تكون مدعمة بإرادة الجانى. هذا بخلاف الحال فى الجريمة الوقتية ذات الآثار المستمرة، مثل إقامة بناء بدون ترخيص، أو جريمة لصق إعلانات فى أماكن ممنوعة.

فى هذين المثالين وقعت الجريمة بمجرد إقامة البناء بدون ترخيص أو بمجرد لصق الإعلانات فى الأماكن الممنوعة، ولا دخل لإرادة الجانى فى استمرار قيام البناء بدون ترخيص، لأن هذا الاستمرار ليس إلا أثرا للفعل الذى مضى وقوعه، وكذلك الشأن بالنسبة لاستمرار لصق الإعلانات، لأن هذا الاستمرار ليس إلا أثرا للفعل الذى ارتكبه من قبل وهو اللصق.

وبالنسبة للجرائم المتتابعة، فإن كل جزء منها يعتبر فى حد ذاته جريمة كمن يسرق محتويات منزل على عدة مرات، ففى كل مرة يستولى فيها على قطعة من هذه المحتويات يعتبر سارقا، فإن جعل القانون المرات المتتابعة حركة إجرامية واحدة تقع بها جريمة واحدة، إلا أن ذلك لا يحول من حيث الواقع والقانون من اعتبار كل فعل اقترفه فى إحدى هذه المرات جريمة مستقلة بذاتها، ومن ثم فإذا وقع أحد هذه الأفعال بعد القانون الجديد انطبق عليه هذا القانون بغض النظر عن الأفعال الأخرى التى وقعت قبله. وكذلك الشأن فى جريمة من جرائم الاعتياد التى لا تقع إلا بتكرار ارتكاب فعل معين، مثل جريمة الاعتياد على الربا الفاحش. ففى هذه الحالة تقع الجريمة ولو وقع فعل منها قبل العمل بالقانون الجديد طالما أن حالة الاعتياد لا تتم إلا بالفعل الذى وقع بعد العمل بهذا القانون، وذلك على أساس أن القانون القديم لم يكن قد انطبق بعد على الفعل الذى تم فى ظله. ويسرى القانون الجديد اعتبارا من تاريخ العمل به، ولو انطبق على وقائع وقعت فى الماضى طالما أن هذه الوقائع وحدها لا تنتج أى أثر قانونى فى ظل القانون القديم أو الجديد. ويتوقف الأثر ا لقانونى الذى يولده القانون الجديد على الفعل الذى وقع فى ظله مصحوبا بالوقائع التى من قبل والتى تكون فى مجموعها حالة الاعتياد ويسرى هذا القانون منذ العمل به.

ولاشك أن تاريخ وقوع الجريمة هو الفيصل فى تحديد مدى رجعية القانون الجديد. وقد قضت محكمة النقض بأن القانون الذى يعـاقب على الجريمة هو القانون المعمول به وقت ارتكابها[1]. والعبرة دائما هى بإرادة الجانى من حيث سيطرتها على وقوع الجريمة. فإذا وقع النشـاط الإجرامى فى لحظـة معينة ثـم حدثت النتيجـة فى لحظة أخـرى، كمن يطلق عيارا ناريا على شخص ثم يمـوت المجنى عليه بسبب ذلك بعد أيام، فإن العبرة فى وقوع الجريمة تكون بالنظر إلى القانـون المعمول به وقت النشاط الإجرامى. فالشرعية الجنائية تقوم على سبق إخطار الجانى بنصوص التشريع قبل أن تتجه إرادته الإجرامية إلى ارتكاب الجريمة[2]، وهـو ما لا تتحقق حكمتـه إلا بـالنظـر إلى النشاط الإجـرامى لا بالنظر إلى النتيجة التى تتحكم فى وقـوعها عوامل مختلفة كان توقعهـا أو وجوب توقعها منظورا إليه وفقا للقانون القديم الذى كان معمولا به وقت مقارفة النشاط الإجرامى.

---

(١) انظر نقض ٢٦ يونية سنة ١٩٣٩، مجموعة القواعد فى ٢٥ عاما رقم ٢٨ ص ١٩٢١.

(٢) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات، (القسم العام) طبعة ١٩٩٦، المرجع السابق ص ٦٥.

المبحث الثـــانى
رجعية القانون الأصلح للمتهم

١٧٣ ـ أساس المبدأ:

يرتكز هذا المبدأ على مبدأ الشرعية الجنائية ، استنادًا إلى الأسس الآتية :

(أولا) حماية الحرية الشخصية، إذ يهدف القانون الجديد إلى حماية الحرية الشخصية وصونها من العدوان عليها فى إطار من الموازنة بين مـوجباتها من ناحية، وما يعتبر لازما لحماية مصلحة الجماعة والتحوط لنظامها العـام من ناحية أخرى. وفى إطار هذه الموازنة وعلى ضـوئها، تكـون رجعيـة القانـون الأصلح للمتهم ضرورة حتميـة يقتضيها صـون الحرية الشخصيـة بما يرد عنها كل قيـد غدا تقريـره، مفتقرا إلى أية مصلحـة اجتماعية. ويتحقق ذلك بوجه خـاص حين يعود القانون الجديد بالفعل كليـة من منطقة التجريم إلى دائرة الإباحة وهى الأصل، مقررا أن ما كان مؤثما لم يعد كذلك.

(ثانيا) انتفاء الضرورة الاجتماعية والتناسب فى التجريم والعقاب، ذلك أن الفلسفة التى كان القانون القديم ينطلق منها ويعاقب على كل فعل يناقضها قد أسقطتها فلسفة جديدة اعتنقتهـا الجماعة فى واحد من أطوار تقدمها بما مـؤداه انتفاء الضرورة الاجتماعية الكامنة وراء إنفاذ أحكامه، وحمل المخاطبين بها على الرضوخ لها، ويتعين بالتالى ـ وكلما صدر قـانون جديـــد يعيد الأوضـاع إلى حالها قبل التجـريم أو يضع أحكامـا لصالح المتهـم ـ أن تـرد إلى أصحابها الحرية التى كـان القانون القديم ينـال منها، وأن يرتـد هذا القـانون بـالتالى على عقبيـه إعلاء لقيم القـانـون الجديد. ولا إخـلال فى ذلك بالنظـام العام، ذلك أن رجعيـة القانون الأصلح أدعى إلى تثبيته بما يحول دون انفـراط عقده على تقـديـر أن إعمالـه منـذ صـدوره أكفل لحقوق المخـاطبين بـالقـانـون القـديم وأصـون لحرياتهم[١].

---

(١) انظر دستوريـة عليا فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٩٢ فى القضية رقـم ١٢ لسنة ١٣ قضائية «دستوريـة»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٧ ص ٦٨.

(ثالثا) الامتداد لقاعدة الشرعية الجنائية ، أكدت المحكمة الدستورية العليا أن ثمة قاعدتين تجريان معًا وتتكاملان ؛ أولاهما : أن مجال سريان القانون الجنائى ينحصر أصلا فى الأفعال اللاحقة لنفاذه ، وثانيهما : سريان القانون اللاحق على وقائع كان يؤثمها قانون سابق كلما كان القانون الجديد أكثر يسرًا . وتكامل هاتين القاعدتين مؤداه أن الثانية فرع من الأولى ونتيجة حتمية لها . وكلتاهما معًا تعتبران امتدادًا لازما لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات ، ولهم معًا القيمة الدستورية ذاتها[1].

وأكدت المحكمة الدستورية العليا أن النطاق الحقيقى لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يتحدد على ضوء ضمانين يكفلان الأغراض التى توخاها ؛ أولهما وضوح النصوص العقابية بغير غموض ، وثانيهما ومفترضها عدم رجعية القانون الجنائى ، إلا أن إطلاق هذه القاعدة يفقدها معناها ، ذلك أن الحرية الشخصية وإن كان يهددها القانون الجنائى الأسوأ ، إلا أن هذا القانون يرعاها ويحميها إذا كان أكثر رفقا بالمتهم ، سواء من خلال إنهاء تجريم أفعال أَثَّمَهَا قانون جنائى سابق ، أو عن طريق تعديل تكييفها أو بنيان بعض العناصر التى تقوم عليها ، بما يمحو عقوباتها كلية أو يجعلها أقل بأسا وبمراعاة أن غلو العقوبة أو هوانها إنما يتحدد على ضوء مركز المتهم فى مجال تطبيقها بالنسبة إليه . فإن كانت الرجعية أكثر فائدة للمركز القانونى للمتهم فى مواجهة سلطة الاتهام ، فإنها تكون أمرا محتوما[2].

وعنيت المحكمة الدستورية العليا بالقول بأن قاعدة تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعى لا تعتبر استثناء من قاعدة عدم رجعية القانون الجنائى ، ولا هى قيد عليها ، بل اعتبرتها فرعا منها ونتيجة حتمية لها ، وكلتاهما معا ـ على حد قول المحكمة الدستورية العليا ـ تعتبران امتدادا لازما لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات ولهما معا القيمة الدستورية ذاتها[3].

---

(١) دستورية عليا فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «منازعة تنفيذ دستورية».

(٢) دستورية عليا فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٠ فى ٦ مارس سنة ١٩٩٧ ، ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٨٤ سنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ١٣ فى ٢٧ مارس سنة ١٩٩٧ .

(٣) دستورية عليا فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٧ سالف الإشارة إليه .

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

١٧٤ ـ معيار القانون الأصلح للمتهم

يتحدد القانون الأصلح للمتهم بالمقارنة بين القوانين التى صدرت منذ وقوع الجريمة حتى تاريخ الفصل فى الدعوى بحكم بات، لتحديد ما يعتبر أصلح للمتهم. ويتميز هذا المعيار بخصيصتين هما الموضوعية والواقعية.

١ ـ الموضوعية : يتحدد القانون الأصلح للمتهم وفقا لمعيار موضوعى بحت، بوصفه مسألة قانونية يقررها القاضى وفقا لضوابط معينة. فلا يجوز للمتهم المطالبة بتطبيق قانون معين بحجة أنه هو الأصلح له[1]. كما لا يجوز للقاضى أن يعبر عن وجهة نظره الشخصية، وإنما يجب عليه دائما أن يستعين بالضوابط القانونية فى تحديد ما هو أصلح للمتهم.

٢ ـ الواقعية : يتحدد القانون الأصلح للمتهم بالنظر إلى كل جريمة على حدة. فلا يتم هذا التحديد وفقا لمعيار مجرد بناء على المقارنة بين القانونين القديم والجديد سواء من حيث اتجاههما العام أو من حيث مجموع نصوصهما. وإنما تتم هذه المقارنة بنظرة واقعية بالنظر إلى كل جريمة على حدة، بين حكم كل من القانونين عند تطبيقه على هذه الجريمة من حيث أركانها فى ضوء ظروفها المختلفة وشخصية المتهم. فمثلا إذا نص القانون القديم على جواز وقف تنفيذ العقوبة، ثم جاء القانون الجديد فألغى وقف التنفيذ وأنقص مدة العقوبة، فإن القانون القديم يعتبر أصلح للمتهم إذا كانت ظروف الجريمة وشخصية المتهم تدعو إلى إيقاف تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه. هذا بخلاف الحال بالنسبة إلى متهم آخر لا يستحق إيقاف التنفيذ، فإن القانون الجديد يعتبر هو الأصلح له. وكذلك الشأن إذا كان القانون القديم ينص على عقوبة الحبس أو الغرامة ثم جاء القانون الجديد فرفع الحد الأدنى لعقوبة الحبس وخفض الحد الأدنى لعقوبة الغرامة الجوازية، فإن هذا القانون الجديد يعتبر أصلح للمتهم إذا رأى القاضى أن المتهم يستحق الغرامة بدلا من الحبس، بينما يعتبر القانون القديم أصلح للمتهم إذا رأى القاضى أن المتهم يستحق عقوبة الحبس لا الغرامة.

وغنى عن البيان أنه يجب توافر صفة القانون فى النصوص التى يراد تطبيقها، فلا

---

(١) ومع ذلك نص القانون الأسبانى الصادر سنة ١٩٢٨ (المادة ٨/ ٣) على أنه فى حالة التردد فى معرفة القانون الأصلح يرجع إلى المتهم لتحديد هذا القانون.

يجوز الخلط فى هذا الصدد بين اللوائح التى تصدر بناء على تفويض من السلطة التشريعية، والقرارات الإدارية الفردية التى لا تتوافر فيها أهم خصائص القاعدة القانونية وهى العمومية والتجريد. ولذلك قضت محكمة النقض بأن الأمر الذى يصدره المحافظ بالترخيص لمحل معين يبيع مشروبات روحية بعد الميعاد المحدد فى القانون استثناء من القانون تحقيقا لصوالح مختلفة واعتبارات معينة لا يعتبر قانونا أصلح للمتهم(1) . وسوف نبحث فيما يلى ما يعتبر قانونا أصلح للمتهم . .

١٧٥ـ تحديد القانون الأصلح للمتهم

١٧٥م ـ (أولا): نصوص التجريم :

عند المقارنة بين نصوص التجريم فى القوانين المتعاقبة، يعتبر القانون أصلح للمتهم إذا ترتب عليه إسقاط وصف التجريم عن الفعل الذى ارتكبه الجانى(2)، أو

---

(١) محمود مصطفى ص ٩٣، محمود نجيب حسنى ص ١٠٨ .

Levasseur, op. cit., p.178; Andenaes, the general part of the criminal law of Norway, London, 1965, p.330.

وقد عرفت محكمة النقض القانون الأصلح للمتهم بأنه «القانون الذى ينشئ للمتهم مركزا أو وضعا يكون أصلح له من القانون القديم» (نقض ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٣، مجموعة الأحكام س٥ رقم ١٣ ص ٣٩، نوفمبر سنة ١٩٥٦ ص ٧ رقم ٧٣ ص ٢٣٤ .

(٢) انظر نقض ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٩، مجموعة القواعد فى ٢٥ عاما رقم ٣٤ ص ٩٢١، نقض ١٨ ديسمبر سنة ١٩٧٧، مجموعة الأحكام س ٢٨ رقم ٢١٣ ص ١٠٤٨ بشأن اعتبار القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٦ فى شأن تنظيم التعامل بالنقد الأجنبى أصلح للمتهم .

وقد قضى بأن إنشاء أو تعديل أو ترميم المبانى لا تجاوز خمسة آلاف جنيه فى السنة الواحدة دون موافقة اللجنة المختصة أصبح غير مؤثم بصدور القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ (نقض ٢ إبريل ١٩٨٥، مجموعة الأحكام س ٣٦ رقم ٨٦ ص ٥١٧).

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٦ الذى كان يجرم الفعل المسند إلى المطعون ضده قد ألغى بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٤ الذى صدر قبل الفصل فى الدعوى بحكم بات وأباح هذا الفعل وجعله بمنأى عن التأثيم، فإن القانون الجديد يكون هو الأصلح الواجب الاتباع (نقض ١٥ يونية سنة ١٩٩٤، مجموعة الأحكام س٤٥ رقم ١١٨ ص ٧٥٦).

وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ قد اعتنق فلسفة جديدة قوامها حرية التعاقد، فلا يكون الجزاء الجنائى ـ المنصوص عليه فى القانونين رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ والقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ إلا منهدما بعد العمل بالقانون الجديد، وذلك باعتبار أن هذا القانون صرح بإلغاء كل = =

تخفيف هذا الوصف كأن يجعل الجناية جنحة[1] أو تضييق نطاق التجريم بتغيير أركان الجريمة أو ظروفها على نحو يستفيد منه المتهم[2] أو تقرير سبب من أسباب الإباحة، أو تقرير مانع من موانع المسئولية مما توافر فى حق المتهم[3].

ويعتبر قانونا فى غير صالح المتهم القانون الذى ينشئ جريمة أو يلغى أو يقيد شروط الاستفادة من موانع المسئولية.

١٧٦ ـ (ثانيا): نصوص العقاب

١ ـ يعتبر قانونا أصلح للمتهم النص الذى يلغى إحدى العقوبات[4]، أو يهبط بحدها الأدنى مع اتحاد نوعها[5]، أو يتضمن بها عقوبة أخف جوازية مع العقوبة

= قانون يتضمن أحكاما تناقض تلك التى أتى بها، بما مؤداه إطراح النصوص المخالفة للقانون الجديد ـ فى شأن يتعلق بالتجريم ـ سواء تضمنها تنظيم عام أو خاص. (دستورية عليا فى ٢٢ فراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (١٠) فى ٦ مارس سنة ١٩٩٧، و ١٥ مارس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (١٣) فى ٢٧ مارس سنة ١٩٩٧، ٣ أكتوبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١ لسنة ١٩ قضائية «منازعة تنفيذ».

(١) Crim., 29 Juin 1960, Bull, No. 848.

وقد قضت محكمة النقض بأن معاقبة المتهم بسرقة مال لمرفق عام بعقوبة الجناية بعد صدور قانون يزيل عنها وصف الجناية قبل الحكم النهائى يعتبر خطأ فى تطبيق القانون (نقض ١٥ مايو سنة ١٩٧٨، مجموعة الأحكام س ٢٩ ص ١٥٦).

(٢) مثال ذلك أن يضيف القانون الجديد (رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١) إلى أركان جريمة ممارسة الفجور أو الدعارة ركن الاعتياد، فإنه يعتبر أصلح للمتهم مع القانون السابق الذى كان يعاقب على مجرد إتيان الفجور أو الدعارة مرة واحدة دون اعتياد (نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٥١، مجموعة قبل صدور الحكم النهائى، فإن المتهم يجب أن يستفيد من ذلك وتصبح جريمته غير قائمة (نقض ١٢ نوفمبر سنة ١٩٥١، مجموعة الأحكام س٢ رقم ٦١ ص ١٦٦) وقد حكم بأنه إذا وقع حجز سدادا لدين وارتكب المدين جريمة تبديد المحجوزات، ثم صدر قبل الحكم النهائى قانون بمنع المطالبة بالدين الذى وقع الحجز من أجله، فإن الحجز يعتبر لاغيا وتسقط بالتالى جريمة التبديد (انظر نقض ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة القواعد جـ٢ رقم ٤٠٠ ص ٧٦٥).

(٣) Merle et Vitu, Traité p. 175. Levasseur, op. cit., pp. 179 et 180.

(٤) انظر نقض ٥ يونية سنة ١٩٧٧، مجموعة الأحكام س٢٨ رقم ١٤٣ ص ٦٧٤، ١٩ يناير سنة ١٩٨٤ س٣٥ رقم١٣ ص ٦٩، ٩ فبراير سنة ١٩٨٤ س٣٥ رقم ٢٤ ص ١١٩.

(٥) قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المادة ٢٢ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ قد جرى تعديلها بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢ على نحو أباح النزول بالغرامة عن قيمة الأعمال المخالفة بعد أن كانت الغرامة محددة بهذه القيمة بما لا يجوز النزول عنها، فإنه يتحقق به القانون الأصلح للمتهم.

(نقض ٢٨ مارس سنة ١٩٩٣، مجموعة الأحكام س٤٤ رقم ٤١ ص ٣٠٨).

المقررة أصلا مثل ترك الخيار للقاضى بين عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة بعد أن كان القانون القديم يوجب القضاء بالعقوبتين معا[1] . ويستوى فى نصوص العقاب أن تتضمن عقوبات أصلية أو تبعية أو تكميلية . وإذا هبط القانون بالحد الأدنى لعقوبة سالبة للحرية ، فإنه يعتبر أصلح للمتهم ولو رفع عقوبة الغرامة فى حديها الأدنى والأقصى[2] .

٢ ـ كما يعتبر قانونا أصلح للمتهم كل نص عقابى يلغى ظرفا مشددا أو يقيد من تطبيقه أو يضعف من آثاره فى تشديد العقاب . وكذلك الأمر إذا تضمن النص مانعا من موانع العقاب أو خفف من الشروط التى يتوافر بها هذا المانع ، أو تضمن النص الجديد الترخيص للمحكمة بوقف تنفيذ العقوبة . خلافا لما كان ينص عليه النص القديم . وإذا كان سبب الإعفاء من العقاب (أو التخفيف منه) الذى قرره القانون الجديد مقيدا بشرط معين لم يتحقق فى شأن المتهم ، وكان يستحيل على المتهم القيام بهذا الشرط لانتهاء المدة المحددة له ، فلا يستفيد المتهم من القانون الجديد[3] . أما إذا كان سبب الإعفاء (أو التخفيف) مقيدا بشرط يمكن أن يحققه المتهم فى مهلة مفتوحة له ، فإن المتهم يستفيد من القانون الجديد باعتباره الأصلح للمتهم ، وفى هذه الحالة إذا كانت القضية معروضة على محكمة النقض تعين القضاء بالنقض وإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع للتثبت من الشرط الموجب للإعفاء أو التخفيف من العقاب .

٣ ـ ويثور البحث عندما يعدل القانون العقوبة ويستبدل بها عقوبة أخرى . لا شك أن معيار القانون الأصلح فى هذه الحالة يرجع إلى نوع العقوبة ، فعقوبات الجنايات أشد

---

(١) نقض ٥ إبريل سنة ١٩٨٤ ، مجموعة الأحكام س٣٥ رقم ٨٧ ص ٤٠٠ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن صدور القانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣ بعد وقوع الفعل وقبل الفصل فى الدعوى بحكم نهائى فى جريمة أرض زراعية يجعله أصلح للمتهم من القانون القديم لهبوطه بالحد الأدنى لعقوبة الحبس مع إجازته وقف تنفيذها ولا يغير من ذلك رفعه عقوبة الغرامة فى حديها الأدنى والأقصى . (نقض ١٦ مايو سنة ١٩٩١ ، مجموعة الأحكام س٤٢ رقم ١١٧ ص ٨٤٠) .

(٣) قضت محكمة النقض بأنه لا محل لإعفاء المتهم بقيامه بأعمال البناء بغير ترخيص من الغرامة المقضى بها عملا بحكم المادة الثالثة من القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ المعدلة بالقانونين رقمى ٥٤ لسنة ١٩٨٤ و ٩٩ لسنة ١٩٨٦ إذ إن شرط الاستفادة بهذا الإعفاء أن يتقدم المخالف بطلب إلى الوحدة المختصة لوقف الإجراءات التى اتخذت ضده فى خلال المهلة التى انتهت فى ٧ يونية سنة ١٩٨٧ ، وهو ما لم يثبت تحققه فى الدعوى الماثلة (نقض ١٦ من إبريل سنة ١٩٩٢ ، مجموعة الأحكام س٤٣ رقم ٦١ ص ٤١٢) .

من عقوبات الجنح، وهذه الأخيرة أشد من عقوبة المخالفة (الغرامة)[١]. كما أنه فى إطار عقوبات الجنايات تتدرج العقوبات من حيث شدتها من الإعدام إلى الأشغال الشاقة المؤبدة إلى المؤقتة ثم إلى السجن. وفى إطار عقوبات الجنح تتدرج العقوبات من حيث شدتها من الحبس مع الشغل إلى الحبس البسيط[٢] إلى الغرامة.

إلا أن دقة البحث تتجلى فى العقوبات السالبة للحرية بدءا من الأشغال الشاقة المؤقتة إلى الحبس. ولا صعوبة إذا اتحد القانون القديم مع القانون الجديد فى نوع العقوبة السالبة للحرية، إذ يعتبر القانون الجديد أصلح للمتهم إذا كانت مدة العقوبة التى نص عليها أقل مما أوردها القانون القديم.

ولكن الصعوبة تتجلى عندما يتضمن القانون الجديد عقوبة سالبة للحرية أشد من حيث النوع وأقل فى مدتها مما نص عليه القانون القديم، كأن ينص القانون الجديد على عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة لمدة لا تزيد على عشر سنوات، بينما كان القانون القديم ينص على عقوبة السجن لمدة لا تزيد على خمسة عشر سنة. فى هذه الحالة إذا أخذنا بمعيار نوع العقوبة، فإن القانون الجديد يعتبر أسوأ للمتهم فلا يطبق بأثر رجعى مهما خفف هذا القانون من مدة العقوبة فى حديها الأدنى والأقصى، لأن المفاضلة بين العقوبات تكون بالنظر إلى نوع العقوبات[٣]. وقد ذهب رأى[٤] إلى إقامة المفاضلة بين العقوبات السالبة للحرية على أساس مدتها بغض النظر عن نوعها. ووفقا لهذا الرأى تعتبر عقوبة السجن لمدة خمسة عشر عاما أسوأ من عقوبة الأشغال الشاقة لمدة عشر سنوات. ويؤيد هذا الرأى المعيار الذى اتخذه القانون فى المادة ٣٥ عقوبات وهو أن عقوبة الأشغال الشاقة تجبُّ بمقدار مدتها كلها أية عقوبة مقيدة للحرية محكوم بها

---

(١) نقض ١٠ ديسمبر سنة ١٩٨٤، مجموعة الأحكام س٣٥ رقم ١٩٥ ص ٨٨٥.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن قانون الأحداث رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم لأنه ينشئ للمحكوم عليه وضعا أصلح له من النصوص الملغاة، ذلك بعد أن كان القانون الذى وقع الفعل فى ظله يحظر توقيع عقوبة الإعدام على من لم يبلغ سبع عشرة سنة كاملة، فإنه بصدور القانون الجديد أصبح هذا الحظر ممتدا إلى من لم يتجاوز سنه ثمانى عشرة سنة (نقض ٣ يونية سنة ١٩٧٤ مجموعة الأحكام س٢٥ ص ٥٣٩).

(٣) انظر نقض ١٥ مايو سنة ١٩٣٣، مجموعة القواعد جـ٤ رقم ١٢١ ص ١٧٩.

(٤) انظر:

Frederic Desportes et Francis le Gunekec op. cit., 254.

لجريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة المذكورة، فوفقا لهذا النص تجب عقوبة الأشغال الشاقة وهى الأشد العقوبة الأخرى المقيدة للحرية فى حدود مدة هذه العقوبة فقط، مما يعنى أن الأفضلية بين نوعى العقوبة سيكون عند اشتراكهما فى مدة واحدة، ففى حدود هذه المدة فقط تجبُّ العقوبة الأشد نوعا (وهى الأشغال الشاقة) العقوبة الأخف نوعا (السجن أو الحبس). فإذا كان القانون قد رأى أن عقوبة الأشغال الشاقة أشد على إطلاقها من العقوبة السالبة للحرية الأخف منها لنص على جبها كلية بغض النظر عن مدة العقوبة الأخرى الأخف.

٤ ـ ويدق البحث أيضا إذا كانت المفاضلة بين عقوبات غير سالبة للحرية (الغرامة والمنع من مزاولة المهنة وغلق المحل إلى غير ذلك من التدابير الاحترازية) فلم ينص المشروع على أى تدرج بين هذه العقوبات، إلا أنه يلاحظ أن هذه العقوبات تشترك فى الضرر المالى الذى يتعرض له المتهم. ومن ثم فإن القاضى يعقد المقارنة بين هذه العقوبات بنظرة واقعية وفقا لظروف كل متهم(١).

٥ ـ وتتحدد مدة العقوبة السالبة للحرية فى ضوء الحدين الأدنى والأقصى. ولا صعوبة إذا خفض القانون الجديد من هذين الحدين معا، وإنما الصعوبة إذا خفض أحد الحدين ورفع الآخر. مثال ذلك أن تكون العقوبة المنصوص عليها فى القانون القديم هى السجن (ومدتها تنحصر ما بين ثلاثة وخمسة عشر سنة) فيعدل القانون الجديد أحد الحدين بأن يرفع الحد الأدنى وينقص الحد الأقصى. والراجح عندنا وفقا للمعيار الواقعى للقانون الأصلح أنه لا يمكن إقامة مقارنة مجردة بين القانونين القديم والجديد لأنها تتحدد على ضوء الجريمة وشخصية المتهم ومدى استحقاقه وفقا لوقائع الدعوى للحد الأدنى أو الحد الأقصى للعقوبة. فإذا كانت ظروف كل من الجريمة والمتهم تبرر الحكم عليه بالحد الأدنى كان القانون القديم هو الأصلح للمتهم. أما إذا كانت هذه الظروف تبرر الحكم عليه بالحد الأقصى كان القانون الجديد هو الأصلح للمتهم(٢).

---

(١) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن عقوبة غلق المؤسسة يعتبر جزاء أشد من عقوبة الغرامة.
(Crim. 30 Dec. 1922, Bull. No.444).

(٢) قد اختلفت الآراء فى تحديد القانون الأصلح فى هذه الحالة، فذهب رأى إلى المزج بين القانونين عن طريق الجمع بين أقل القانونين فى الحد الأقصى مع أقل القوانين فى الحد الأدنى. =

١٧٧ ـ النصوص غير الجنائية:

ثار البحث عما إذا كان إلغاء أو تعديل النصوص غير الجنائية[١] يدخل فى عداد مفهوم القانون الأصلح للمتهم، وهل يعبر عن تغير سياسة المشرع فى التجريم.

ذهب البعض إلى أن التفرقة بين نصوص الغاية "dispositione de buts" ونصوص الوسيلة "dispositions de moyen" بمناسبة الجرائم الاقتصادية التى تأتى مخالفة لقرارات لائحية أو قوانين اقتصادية، فنصوص الغاية هى التى يقصد بها المشرع تحقيق هدف مختلف عما استهدفه القانون السابق أى تعديل السياسة الاقتصادية. أما نصوص الوسيلة فلا تستهدف تحقيق هذا الاختلاف ولا تقصد أى تعديل فى السياسة الاقتصادية وإنما تبغى مجرد تعديل الوسيلة التى تكفل تحقيق هذا الغرض[٢]. ولا ينطبق الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم إلا على نصوص الغاية فقط. وقد عنى بعض الفقهاء بالقول بأن نصوص الغاية تعتبر القواعد الجنائية، وأن نصوص الوسيلة تعتبر القواعد غير الجنائية[٣]. وبالتالى فإن الرأيين السابقين يلتقيان فى فكرة واحدة.

وواقع الأمر أنه لا يجوز تطبيق الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم على القواعد غير الجنائية، لأن شدة القانون أو تخفيف جسامته تتحدد موضوعيا بالنظر إلى التجريم

= Blanche, Etudes pratiques sur le code pénal 1888. No.622 et s.

وعيب هذا الرأى أنه يخلق قانونا ثالثا لم يتجه إليه قصد المشرع. وذهب رأى آخر أن العبرة فى المقارنة هى بالحد الأقصى المبين فى كلا القانونين، لأنه يقوى من سلطة القاضى ويحرم المتهم من الاستفادة من التخفيف إذا كان القانون مخففا الحد الأقصى كلما حقق مصلحة محققة للمتهم فى ألا يزيد عقابه عن حد معين.

(Merle et Vitu, p.176. Garçon, art. 4. No.113).

وعيب هذا الرأى أن القانون الذى ينقص من الحد الأقصى قد يرفع من الحد الأدنى فى ظروف يكون المتهم فيها أحق بالنزول عن هذا الحد، وذهب رأى ثالث إلى أن العبرة فى المقارنة هى الحد الأدنى المعين فى كلا القانونين، لأن القانون الذى يهبط بالحد الأدنى هو الأميل للرفق بالمتهم ويتيح له الحصول على أقصى درجات التخفيف. انظر:

Godby, Commentary on Egyptian Criminal law, part, 1 (1924), art5, No.3, p.70.

وعيب هذا الرأى أن القانون الذى ينقص من الحد الأدنى قد يرفع من الحد الأقصى للعقوبة فيعرض المتهم لهذه العقوبة المشددة.

(١) راجع بند ١٥٩.

(٢) انظر: Vienne; Le principe de la retroactivité de la loi pénale plus douce doit être consideré comme absolu J.C.P. 1947 - 618.

(٣) Decoq, op. cit., 132 et133.

والعقاب، ولا تتحدد حسبما يؤدى إليه النص غير الجنائى بعد تعديله إلى تبرئة المتهم أو إلى تخفيف العقاب، وذلك باعتبار أن أهداف قانون العقوبات تتميز عن أهداف القانون غير الجنائى، فهو لا يحمى كل المصالح التى تنظمها القوانين غير الجنائية إلا فى حدود الضرورة والتناسب الذى يتطلبه التدخل الجنائى. ولذلك فإن كل تعديل فى القانون غير الجنائى لا ينظر إليه بوصفه أشد أو أصلح للمتهم لأنه يعبر عن فلسفة غير جنائية؛ ما لم يعبر فى ذات الوقت عن فلسفة جديدة للتجريم والعقاب إذا كانت القواعد غير الجنائية تندمج اندماجا فى شق التكليف الجنائى الوارد فى القواعد الجنائية على النحو الذى أوردناه فيما تقدم(1).

وهناك يجدر التنبيه مرة أخرى إلى أن التمييز بين القواعد الجنائية وغير الجنائية، لا يعنى مطلقا أننا ننكر الاندماج الكامل بين بعض القواعد غير الجنائية والقواعد الجنائية، كما هو الحال بالنسبة للقواعد الجنائية (على بياض). فكل تعديل فى القواعد غير الجنائية لا يكشف فى حد ذاته عن التطوير فى سياسة التجريم أو سياسة العقاب، فهو أمر لا يمكن إدراكه إلا من خلال معرفة سياسة المشرع فى إضفاء الحماية الجنائية على المصالح التى تحميها القواعد غير الجنائية أو العقوبات المقررة. هذا بخلاف الحال عند تعديل القواعد الجنائية فإنها دائما تكشف فى حد ذاتها عن تطوير فى سياسة التجريم أو سياسة العقاب. وكذلك الشأن عندما يتحقق الاندماج الكامل بين القاعدة غير الجنائية والقاعدة الجنائية إذا انصب التكليف بالأمر أو النهى الذى نصت عليه القاعدة الجنائية على ما ورد فى القاعدة غير الجنائية. مثال ذلك القاعدة الجنائية التى تعاقب على الأفعال التى تحددها لائحة صادرة بناء على قانون، ففى هذه الحالة يندمج التكليف الوارد فى القاعدة الجنائية فى الأمر المنصوص عليه فى القاعدة غير الجنائية. فإذا جاءت القاعدة الجنائية مثلا وعاقبت على بيع سلعة مسعرة، ثم صدر قرار وزير التموين بإلغاء التسعير الجبرى، اعتبر هذا القرار قانونا أصلح للمتهم لأنه يؤدى إلى إلغاء التكليف الوارد فى القاعدة الجنائية، بما ينطوى عليه من عدم تجريم البيع وفقا لهذا القانون الجديد. هذا بخلاف الحال فيما لو نص قرار وزير التموين على رفع سعر سلعة معينة، فإنه لا يعتبر قانونا أصلح للمتهم ببيع هذه السلعة بما يزيد عن

---

(1) انظر ما تقدم بند ١٥٩.

التسعيرة، إذا ترتب على قرار وزير التموين اعتبار المتهم بائعا فى حدود السعر القانونى، وذلك لأن هذا القرار لم يترتب عليه إلغاء التكليف الوارد فى القاعدة الجنائية ولا يشير إلى العدول عن سياسة التجريم لأنه لا ينطوى على الرجوع عن السياسة الاقتصادية التى يحميها المشرع بالنسبة إلى هذه السلعة[1].

وفى ضوء هذا المعيار اتجهت محكمة النقض إلى البحث عن مدى تأثير القانون الجديد على سياسة التجريم والعقاب، فقضت بأن المقصود بالقانون الأصلح هو القانون الذى ينشئ للمتهم مركزا أو وضعا يكون أصلح له من القانون القديم، وأن قرار وزير التموين اللائحى الذى يقضى بتخفيض وزن الرغيف لا يقصد به رعاية جانب أصحاب المخابز ولا التيسير عليهم، وإنما تهدف الوزارة بإصداره إلى تحقيق اعتبارات اقتصادية بحتة تتصل بسياسة الحكومة[2]. وقضت بأن جدول التسعيرة الذى يرفع سعر السلعة لا يعتبر قانونا أصلح بالمعنى المقصود لأنه لم يلغ التسعيرة إلغاء، ولكنه يعتبر تنظيما للأثمان التى تعرض بها السلع المسعرة وفق مقتضيات الأحوال وتغيير ظروف العرض والطلب فى زمان ومكان محددين[3] وقد عنيت محكمة النقض بأن تبرز اعتمادها فى تحديد القانون الأصلح على معرفة سياسة المشرع فى التجريم (أو العقاب) فقضت بأن تغيير مواصفات الردة لا يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم فى جريمة استخراج ردة معدة لرغيف العجين غير مطابقة للمواصفات لأن القرارات التموينية التى تحدد تلك المواصفات، لا تعدو أن تكون من قبيل التنظيمات التى تمليها تلك الظروف فى غير مساس بقاعدة التجريم أو العناصر القانونية للجريمة[4].

ويختلف الحل إذا كان القانون الجديد غير الجنائى قد عدل كلية عن السياسة الاقتصادية التى كان يأخذ بها القانون القديم، دون أن يكون هذا العدول مرتبطا بظروف معينة كانت تحكم السياسة القديمة، بقدر ما يكون العدول مرتبطا بأهداف

---

(١) Decoq, p.133.

(٢) نقض ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٣، مجموعة الأحكام س٥ رقم ١٣ ص ٣٩، ٢١ فبراير سنة ١٩٥٦ س٧ رقم ٧٣ ص٢٤٣، ٣١ مايو سنة ١٩٦٦ س١٧ رقم ١٣٥ ص٧٣٢، ٧مارس سنة ١٩٦٧ س١٨ رقم ٦٩ ص٣٨٠، ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦٧ ص١٨ رقم ١١٠٥، ٨ يناير سنة ١٩٦٨ س١٩ رقم ٨ ص٣٩، مارس سنة ١٩٦٩ س٢٠ رقم ٦٨ ص ٢١٣.

(٣) نقض ٢٥ إبريل سنة ١٩٥٩، مجموعة الأحكام س٦ رقم ٢٦١ ص ٨٦٤.

(٤) نقض ١٣ يناير سنة ١٩٦٩، مجموعة الأحكام س٢٠ رقم ٢٥ ص١١٨، وانظر فى تقييم هذا القضاء محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية جـ١ سنة ١٩٦٣ ص ٨٩.

جديدة للسياسة العامة للدولة . ولهذا قضت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بأنه إذا أصدر وزير التموين قرارا بتقييد تداول بعض السلع بناء على سياسة تدخل الدولة فى الاقتصاد وتخطيطها وتوجيهها وإداراتها للحياة الاقتصادية واستبعادها لدور القطاع الخاص فى التنمية الاقتصادية . ثم ألغى هذا القرار بناء على اتجاه الدولة إلى تحرير الاقتصاد المصرى من القيود التى وضعت على الحرية الاقتصادية ، فإن هذا الإلغاء يتحقق به معنى القانون الأصلح للمتهم[1]. وواضح فى هذه الحالة أن فلسفة تعديل السياسة الاقتصادية اقترنت فى ذلك الوقت بتعديل فلسفة التجريم .

ويسرى ذات الحكم القانونى السالف بيانه على القواعد غير الجنائية التى تحدد مراكز قانونية يعتبر توافرها لازما لتحديد وصف الجريمة ، أو لتشديد العقوبة على النحو الذى سبق إيضاحه[2]. ففى هذه الحالة إذا عدل المشرع الجنائى عن اتخاذ هذه المراكز القانونية شرطا لتحديد وصف الجريمة أو تشديدها اعتبر ذلك تعبيرا عن تغيير سياسة التجريم والعقاب كما إذا استبعد بعض صور الموظف العام المنصوص عليها فى المادة ١١٩ مكررا ، أو استبعد بعض صور الجهات المالكة أو المشرفة أو المديرة للمال العام طبقا للمادة ١١٩ عقوبات . أما إذا عدّل المشرع غير الجنائى فى شروط توافر المركز القانونى مثال شروط تعيين الموظف العام أو شروط رقابة الجهة على المال العام أو شروط توافر الصفة اللازمة فى الظرف المشدد ، فإن هذا التعديل لا ينبئ عن تغيير فى سياسة التجريم والعقاب ولا يعتبر قانونا أصلح للمتهم .

ويلاحظ أنه فيما يتعلق بالنصوص ذات الطبيعة اللائحية ، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن إلغاء هذه النصوص فى المواد الاقتصادية ليس له أثر رجعى إلا إذا نص صراحة على غير ذلك[3]. إلا أن هذه المحكمة منذ حكمها الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٩٨٧ أكدت على أنه فى المسائل الاقتصادية والجمركية ، لا يترتب على إلغاء النص اللائحى تطبيقه بأثر رجعى ولو كان فى صالح المتهم ؛ ما لم يكن هذا الإلغاء قد تم قبل رفع الدعوى الجنائية بل وقبل إثبات الجريمة فى محضر ضبط الواقعة . إلا أن هذا الموقف الأخير لمحكمة النقض الفرنسية يعوزه الأساس القانونى للربط بين الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم وإثبات الجريمة فى المحضر أو رفع الدعوى

---

(١) الدستورية العليا فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٢ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، العدد ٤٩ من الجريدة الرسمية فى ديسمبر سنة ١٩٩٢ .

(٢) انظر فيما تقدم بند ١٥٩ .

(٣) Crim, 1 er Juin 1981, Bull, p.179.

الجنائية عنها طالما لم يصدر قبل صدور القانون الأصلح للمتهم حكم بات بالإدانة[1]. ويجب أن ننظر دائما عما إذا كان إلغاء النصوص اللائحية ذات الطبيعة الاقتصادية يؤثر فى ضرورة استمرار التجريم أو العقاب من عدمه.

وفى ضوء ما تقدم يتعين التمييز بين نوعين من القواعد:

(١) قواعد غير جنائية (خالصة).

(٢) قواعد غير جنائية تندمج فى القواعد الجنائية.

فبالنسبة إلى القواعد غير الجنائية (الخالصة)، فإنها كما بينا من قبل[2]، لا تعتبر من قانون العقوبات، وإن كان إعمالها شرطا مفترضا لقيام الجريمة. مثال ذلك تعديل شروط انعقاد الحجز فى جريمة تبديد المحجوزات، وتعديل شروط انعقاد عقود الأمانة فى جريمة خيانة الأمانة، وتعديل شروط صحة الشيك فى جريمة إصدار شيك بدون رصيد. فى هذه الحالات لا يندمج شق التكليف الوارد فى القاعدة الجنائية فى المركز القانونى الذى حددته القاعدة غير الجنائية؛ لأن التجريم الذى تعبر عنه القاعدة الجنائية يتوقف على معيار الضرورة والتناسب الذى يتوقف عليه التدخل الجنائى، وهو ما لا يتطابق مع معيار التدخل بالحماية غير الجنائية. ومن ثم فإن أى تعديل فى القواعد غير الجنائية سالفة الذكر بما ينطوى على شروط توافر المراكز القانونية التى ولدت مصالح يحميها قانون العقوبات لا يمكن أن يعتبر قانونا أصلح للمتهم؛ طالما أن المصلحة المحمية بالقانونين الجنائى وغير الجنائى المتولدة من المركز القانونى ما زالت واحدة لم تتغير. وقد ثار البحث بمناسبة صدور القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة الذى استحدث تنظيم أحكام الشيك ونص فى إطار هذا التنظيم فى المادة ٤٧٥ منه على أن الصك المسحوب فى صورة شيك على غير بنك أو المحرر على غير نماذج البنك المسحوب عليه لا يعتبر شيكا، فقد قضت إحدى دوائر محكمة النقض بأن القانون الجديد قد ألغى بذلك ما كان يعتد به العرف من قبل من جواز سحب الشيك على غير نماذج البنك المسحوب عليه، وأنه طالما أخرج قانون التجارة الجديد الصك

---

(١) Crim, 16 Mars 1987, Bull, p.125.
Crim, 10 Mai 1989, Bull, p.187.
Crim, 7 Juin 1990, Bull, p.232.
وانظر: Merle et Vitu, T. 1, op. cit., No.273, p.365,366.

(٢) انظر ما تقدم بند ١٥٩.

المسحوب فى صورة شيك والمحرر على غير نماذج البنك المسحوب عليه من عداد الشيكات، وكانت الحماية الجنائية تنحسر عن كل محرر لا تتوافر فيه شروط اعتباره شيكا، فإن القانون الجديد يعتبر هو الأصلح للمتهم بإصدار شيك محرر على غير نماذج البنك المسحوب عليه. وأضافت هذه الدائرة من محكمة النقض أنه لا يعتبر من تطبيق القانون الأصلح للمتهم ما نصت عليه المادة الثالثة من مواد إصدار قانون التجارة الجديد من إرجاء العمل بالأحكام الخاصة بالشيك حتى أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠، استنادا إلى قواعد القانون الأصلح للمتهم تسرى من يوم صدوره طبقا للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات بغض النظر عن ميعاد سريانه[١].

واتجهت دائرة أخرى من دوائر محكمة النقض إلى تبنى وجهة نظر مغايرة لوجهة نظر الدائرة الأولى، تأسيسا على أن الشيكات التى صدرت قبل أكتوبر ٢٠٠٠ تظل خاضعة لحكم المادة ٣٣٧ عقوبات التى عاقبت على إصدار شيك بدون رصيد، ولا يمتد إليها حكم القانون الجديد بأثر رجعى ــ حتى لو كان أصلح للمتهم ـ لتخلف مناط إعمال هذا الأثر[٢].

وجاءت الهيئة العامة للمواد الجنائية فحسمت هذا الخلاف مؤكدة أن المشرع لم يقصد أن ينفى عن الشيكات التى صدرت قبل العمل بأحكامه هذه الصفة لمجرد مخالفتها للقواعد التى استحدثها، بل اعتد بتلك الشيكات متى استوفت شرائطها وفقا للقواعد القانونية السارية وقت إصدارها، وعمد إلى تأكيد سلامتها وصحتها، فقد نص فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من مواد الإصدار على أنه «تطبق على الشيك الصادر قبل هذا التاريخ الأحكام القانونية المعمول بها في تاريخ إصداره، إذا كان ثابت التاريخ أو تم إثبات تاريخه قبل أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠» ومن ثم، فإنه متى اعتبرت الورقة شيكا طبقا للقانون السارى قبل نفاذ نصوص الفصل الخاص بأحكام الشيك فى قانون التجارة الجديد، فإن إعطاءه دون أن يكون له رصيد قائم وقابل للسحب يشكل فعلا مجرما[٣].

وهذا الذى قضت به الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض يعبر عن صحيح القانون بشأن خضوع القواعد غير الجنائية للقانون الذى يحكمها كأصل عام، طالما أن

(١) نقض ٩ يونية سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٧٣٦٠ لسنة ٦٣ قضائية، دائرة الأربعاء «ج».
(٢) نقض ١٤ يونية سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٣٣٠٥ لسنة ٦٤ قضائية.
(٣) نقض الهيئة العامة للمواد الجنائية فى ١٠ يونية سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٩٠٩٨ لسنة ٦٤ قضائية.

نية المشرع لم تنصرف إلى عكس ذلك. وبعبارة أخرى، فإن القواعد غير الجنائية تخضع لقانونها طالما أن تعديلها لا ينطوى على تعديل فى سياسة التجريم والعقاب. والواضح من قانون التجارة الجديد أن المركز القانونى لحامل الشيك ما زالت مصالحه محيمة مثلما كانت عليه الحال قبل هذا القانون، وأن ما أثير حول الشيك الخطى كان يتعلق بشروط توافر المركز القانونى المتولد عن الشيك لا بمبدأ حماية الحقوق المتولدة عن هذا المركز القانونى[1].

أما القواعد غير الجنائية التى تندمج فى القواعد الجنائية، فإنها تحكم شق التكليف الوارد فى القاعدة الجنائية. فإذا نصت قاعدة جنائية على مخالفة الأفعال الصادرة بقرار لائحى من الوزير المختص، فإن إلغاء هذا القرار أو تعديله بما ينطوى على إباحة هذه الأفعال، يندرج تحت مفهوم القانون الأصلح للمتهم؛ لأن استبعاد هذه الأفعال من شق التكليف الوارد بالقاعدة الجنائية يكشف قصد المشرع فى إخراجها من دائرة التجريم، وهو قصد لا تجوز مصادرته فيه.

١٧٨ ـ القانون الذى يجمع بين قواعد فى صالح المتهم وأخرى فى غير صالحه

إذا جمع القانون الواحد ـ أو النص القانونى الواحد ـ بين قواعد قانونية بعضها فى صالح المتهم وأخرى فى غير صالحه، فكيف يمكن الوصول إلى الحل؟

يختلف الحل باختلاف ما إذا كان القانون قابلا للتجزئة أو غير قابل لذلك. ويكون القانون قابلا للتجزئة إذا كان يمكن تطبيق بعض نصوصه فى معزل عن النصوص الأخرى. مثال ذلك القانون الجديد الذى يجيز وقف تنفيذ العقوبة فى أحد نصوصه، ويجيز عقوبة الحبس ـ التى لم تكن منصوصا عليه فى القانون القديم ـ فى نص آخر. فى هذه الحالة يعتبر القانون الجديد أصلح للمتهم فيما يتعلق بالنص الذى يجيز وقف التنفيذ.

أما القانون ـ أو النص ـ غير القابل للتجزئة، فهو الذى يتضمن قواعد تعبير فى مجموعها كيانا واحدا لا يتجزأ. مثال ذلك القانون الجديد الذى يجعل العقوبة التكميلية الوجوبية المنصوص عليها فى القانون القديم ـ عقوبة تكميلية جوازية، إلا أنه يضاعف مدة هذه العقوبة. فى هذه الحالة يتعذر تجزئة هذا القانون ومعرفة ما هو فى صالحه

---

(١) ونتوقع أن يستمر الجدل بعد العمل بقانون التجارة الجديد حول ما إذا كانت المصلحة المحمية جنائيا تتوقف على توافر المركز القانونى وفقا لكافة الشروط التى يتطلبها القانون التجارى، أم يكفى توافر الشروط التى تقيم هذا المركز القانونى من حيث الظاهر.

بطريقة مجردة "in concreto" . هنا يتعين تحديد أى القانونين أصلح للمتهم فى ضوء ظروف الدعوى. فإذا رأت المحكمة أخذ المتهم بالرأفة طبقت القانون الجديد فيما يتعلق باعتبار العقوبة التكميلية جوازية، يمكنها ألا تحكم عليه بهذه العقوبة تطبيقا لما رخص لها به القانون الجديد. أما إذا رأت المحكمة أن ظروف الدعوى تتطلب الحكم بالعقوبة التكميلية جاز لها أن تطبق القانون القديم فيما يتعلق بمدة هذه العقوبة، لأن القانون الجديد الذى ضاعف هذه المدة ليس فى صالح المتهم. وكذلك أيضا إذا كان القديم يعاقب بالحبس والغرامة معا، ثم جاء القانون الجديد فخفف من الحد الأدنى لعقوبة الحبس ورفع قيمة الغرامة فى حديها الأدنى والأقصى، فيطبق القاضى القانون الجديد برمته على أساس أنه الأصلح للمتهم، باعتبار أن العبرة فى المقارنة تكون بالنظر إلى نوع العقوبة الأصلية وفقا لترتيبها فى القانون (المواد ١٠ و١١ و١٢ عقوبات)، ومن ثم فإن عقوبة الغرامة مهما ارتفع قدرها أخف دائما من عقوبة الحبس فى نظر القانون(١) .

والواقع من الأمر، فإن تقدير مدى قابلية القانون ـ أو النص ـ للتجزئة يتم بحسب الأصل فى ضوء معايير تنبثق من العلاقة المنطقية بين مختلف النصوص، والتوازن الذى يتوخاه الشارع بينهما، والسياسة الجنائية التى يتوخاها المشرع. إلا أنه يتعين إحداث هذا التقدير فى ضوء احتمالات تطبيق النص على شخص معين، وليس بصفة مجردة. فإذا تبين للمحكمة أن القواعد التى نص عليها لصالح المتهم وتلك القواعد التى نص عليها فى غير صالحه تعتبر معا كيانا غير قابل للتجزئة، فإن القاضى يجب أن يحترم مبدأ عدم رجعية قانون العقوبات الذى جاء فى غير صالح المتهم، مما يتعين معه عدم مساءلة المتهم عن فعل لم يكن جريمة وقت ارتكابه، ولا تطبق عقوبة أشد مما كان منصوصا عليه وقت مقارفة هذا الفعل.

١٧٩ ـ التنازع بين القوانين المتتابعة

لا تتنازع القوانين إلا بقدر تعارضها، فإذا كانت الجريمة التى أنشأها القانون السابق هى ذاتها التى هدمها القانون الجديد، فإن وجودها وانعدامها يتصادمان، فلا يستقيم اجتماعهما، ولا يطبق سوى القانون الأصلح للمتهم.

فقد يحدث بعد وقوع الجريمة وقبل صدور حكم بات فى الدعوى الجنائية أن يصدر

---

(١) نقض ١٠ ديسمبر سنة ١٩٨٤، مجموعة الأحكام س٣٥ رقم ١٩٥ ص ٨٨٥.
نقض ١٦ مايو سنة ١٩٩١، مجموعة الأحكام س ٤٢ رقم ١١٧ ص ٨٤٠.

أكثر من قانـون للعقوبات يكون الأول أصلح للمتهم، ويكـون الثانى فى غير صالحه . فى هـذه الحالة يتعين تطبيـق القانـون الأصلح للمتهم بين هـذه القـوانين المتابعـة[١]. فتكون المقـارنة بين القـانون الأول والقـانون الثـانى لتحديـد ما هـو أصلح للمتهم بين الاثنين، ثم تكون المقارنة بين القانون الأصلح للمتهم منهما والقانون الثالث، فلا يطبق من بينهما غير القانون الأصلح منهما .

١٨٠ ـ نطاق تطبيق مبدأ عدم الرجعية على قواعد الإجراءات الجنائية

أكدنا فيما تقدم أن الشرعية الجنائية يخضع لها قانون الإجراءات الجنائية باعتبار أن ما ينظمه من إجـراءات يمس الحقوق والحريـات. ولذلك، فإن هـذا القانون يطبـق بأثر فورى على جميع الإجـراءات التى تتم بعد العمل به، ولو كـانت بشأن جرائم وقعت فى ظل قانون قديم[٢] ولذلك، فإن كل إجراء تم صحيحـا فى ظل قانون معين، فإنه يظل صحيحا خاضعا لأحكام هـذا القانون، ولا يؤثر فى صحته صدور قانـون جديد يعدل من شروط صحة هذا الإجراء[٣]. فمثلا إذا كان إذن التفتيش الصادر من النيـابة العامة صحيحا وفقا لقانون معين، فإنه لا يؤثـر فى صحته صدور قانون جديد يعدل فى شروط هذا الإذن[٤]. ومن نـاحية أخرى، فإن الإجراء الذى وقع باطلا فى ظل قانون معين يبقى باطلا ولو صدر قانون لاحق يعتبر الشرط الذى بوشر بمقتضاه كافيا لصحته قانونا، لأن هذا الشرط يحكم الإجراءات التى تتم بعد القانون الجديد لا قبله[٥].

على أن تطبيق هـذه القاعـدة ليس أمـرا سهـلا فى جميع الأحوال، فقـد أثـار بعض الصعوبة فيما يتعلق بقوانين التنظيم القضـائى والاختصاص، والقوانين المتعلقة بمباشرة الدعوى الجنائيـة ، والقوانين المتعلقة بنظام الأدلة، والقوانين المتعلقـة بإصدار الأحكام والقوانين المتعلقة بطرق الطعن، وفيما يلى بيان لما أثير فى هذا الصدد .

---

(١) Crim., 23 Nov. 1983, Bull., No.34.

(٢) Léauté, Les principes généraux rélatifs aux droits de la défense, Rev. Sc. crim op. cit., p.50.

(٣) نصت المادة الثانية من قانون المرافعـات على أن كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك .

(٤) نقض ١١ نوفمبر سنـة ١٩٥٢ ، مجموعـة الأحكام س٤ رقم ٤٤ ص ١٠٥، ١١ نـوفمبر سنة ١٩٥٢ رقم ٥١ ص ١٢٧، ٦ يونية سنة ١٩٥٣ س٤ رقم ٣٣٢ ص ٩١٩ .

(٥) قارن مع ذلك قضاء منتقد فى نقض ٧ مايو سنة ١٩٥٧ ، مجموعة الأحكام س٨ رقم ١٣٠ ص٤٧١، ٢٥ نـوفمبر س٩ رقم ٢٣٩ ص ٩٨٦ حيث صححت محكمـة النقض بطـلان التحقيق الـذى أجـراه معـاون النيابة على أساس صدور القانون رقم ٦٣٠ لسنة ١٩٥٦ بعد التحقيق يجيز لمعاون النيابة إجراء تحقيق برمته .

١ـ قوانين التنظيم القضائى والاختصاص

استقر القضاء فى مصر على أن تطبق قواعد التنظيم القضائى والاختصاص بأثر فورى على الخصومة الجنائية القائمة. فإذا عدل القانون من اختصاص محكمة قائمة بنقل بعض ما كانت تنظره من الدعاوى طبقا للقانون القديم إلى محكمة أو إلى جهة قضاء أخرى، فإن هذه الجهة الأخيرة تصبح مختصة ولو كانت الدعاوى قد رفعت إلى المحكمة الأولى بالفعل طالما أنه لم يفصل فيها بحكم غير قابل للطعن (حكم بات)(١)، وذلك كله ما لم ينص الشارع على أحكام وقتية تنظم مرحلة الانتقال فهى وحدها التى تطبق فى هذه الحالة(٢). وقد ذهب القضاء الفرنسى إلى تطبيق هذا المبدأ ذاته، إلا أنه أوجب لتطبيق القانون بأثر فورى ألا تكون الدعوى قد صدر فيها حكم فى الموضوع من محكمة أول درجة. ففى هذه الحالة يرى الفقه والقضاء الفرنسى أنه بصدور هذا الحكم ـ سواء لصالح المتهم أو ضده ـ فإن المتهم يكتسب حقا فى استمرار محاكمته عند الطعن فى ذلك الحكم أمام ذات الجهاز القضائى حتى تنتهى الخصومة بحكم بات (٣). وترى محكمة النقض المصرية عكس ذلك، فقضت بأنه متى نقض الحكم وأحيلت القضية إلى محكمة الجنايات، فإن ذلك يستوجب عرضها على محكمة الجنايات المشكلة وفقا لأحكام القانون السارية وقت نظر الدعوى من جديد(٤).

---

(١) نقض ٨ فبراير سنة ١٩٧٦، مجموعة الأحكام س٢٧ رقم ١٣٥ ص١٧٤، وانظر نقض ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٠ س١١ رقم ١٦١ ص٨٣٦.

(٢) مثال ذلك القانون رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٦ بإلغاء الأحكام العرفية، فقد نصت المادة الثانية منه على إحالة قضايا الجنايات التى لم تبدأ المحاكم العسكرية فى نظرها إلى محاكم الجنايات، وكذلك فإن المادة ٥٥٥ من قانون تشكيل محاكم الجنايات لسنة ١٩٠٥ (الملغى) قد نص على أن تسرى أحكام هذا القانون على كل قضية جنائية لم تكن رفعت للمحاكم الجنائية الحالية قبل أول فبراير سنة ١٩٠٥. ومقتضى هذا النص أن المحاكم القديمة، يجب أن تستمر فى نظر الجنايات التى رفعت إليها من قبل. كما أن المادة ٥٥/ ٣ من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ قد نصت على استمرار محاكم الجنح فى نظر الجنايات المحالة إليها لاقترانها بعذر قانونى أو ظرف قضائى مخفف، وذلك رغم أن القانون الجديد قد جعل الاختصاص بالفصل فى هذه الجنايات للمستشار الفرد أو محكمة الجنايات. كما أن المادة ٥/ ٢ من ذات القانون قد استثنت من اختصاص المستشار الفرد بنظر بعض الجنايات ما سبق عرضه على محكمة الجنايات وكان صالحا للفصل فيه فى ذات الدور.

(٣) Crim. 14 Nov. 1931, Sirey 1933-1-199; 20 Juin 1946, J.C.P. 1947 -2-3391; 23 Mars 1960, Bull. 164; 17 Oct. 1962, Bull. No.276.

(٤) نقض ٨ فبراير سنة ١٩٧٦، مجموعة الأحكام س٢٧ رقم ١٣٥ ص ١٧٤، وانظر نقض ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٠ س١١ رقم ١٦١ ص ٨٣٦.

وفى رأينا أن دقـة المشكلة تبدو عنـدما يترتب على تعديل قـوانين التنظيم القضائى، والاختصاص إنقاص أحد حقوق المتهم أو ضماناته. مثال ذلك أن يصدر قانون بتقليل عدد قضـاة المحكمة، أو نقل اختصـاصها إلى لجنة إداريـة، أو إلى محكمة استثنـائية. والعبرة هى فيما إذا كان القانون الجديد قد انتزع الدعوى من قاضيها الطبيعى أم لا، وما إذا كانت الإجراءات المقررة أمام المحكمة الجديدة قد أنقصت من الضمانات التى كانت مقررة له فى القانون القديم أم لا.

٢ ـ القوانين المتعلقة بمباشرة الدعوى الجنائية

قد ينشئ القانون الجديد قيدا على مباشرة النيابة العامة للدعوى الجنائية. مثال ذلك النصوص التى تقيد حرية النيابة العـامة فى تحريك الدعوى الجنائية، بأن يشترط لذلك تقديم شكـوى من المجنى عليه أو طلب أو إذن من الجهـة التى يحددها القـانون (المواد من ٣ إلى ١٠ من قانون الإجراءات الجنائيـة). وقد ذهب البعض إلى تطبيق هذا القانون بأثر فـورى ولو لم يكن فى صـالح المتهم[١]. بينما ذهب رأى آخـر إلى أن هـذا القانـون يدخل فى أحكـام قانون العقوبات لتعلقـه بحق الدولة فى العقاب، طـالما أنه لا يمكن الوصول إلى ممـارسة هذه السلطة بدون الدعـوى الجنائية [٢]، ولذلك فإن هـذا القانون يطبق بأثر رجعى إذا كان فى صالح المتهم. فمثلا إذا كانت الـدعوى الجنائية قد حركت بغير شكوى من المجنى عليه ثم صدر قانون يعلق قبولها على شكوى من المجنى عليه، وجب تطبيق القانـون بوصفه الأصلح للمتهـم. ولم تأخذ محكمة النقض الفـرنسية بهذا الأمر[٣].

ومن قبيل القـوانين المتعلقة بمبـاشرة الدعـوى الجنائيـة ما ينص على تـرك الدعـوى الجنائيـة. مثال ذلك القانون رقم ١٧٤ لسنـة ١٩٩٨ الذى أضاف فقرة ثـانية إلى المادة ٢٦٠ من قانـون الإجراءات الجنائية تنص على أنـه إذا كانت الدعوى قـد رفعت بطريق الادعاء المباشر فإنـه يجب فى حالتى ترك الدعوى المدنية واعتبار المدعـى بالحقوق المدنية

---

(١) مأمون سـلامة، قانـون الإجراءات الجنائيـة معلقا عليـه بالفقه وأحكـام النقض، طبعة ١٩٨٠ ص ٣٥، وانظر نقض ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٣، مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ عاما رقم ٢٢ ص ٩٢٠.

(٢) محمود مصطفى، شرح قـانون الإجراءات الجنـائية، الطبعـة التاسعة سنـة ١٩٦٤ ص٢٦. قارن مع ذلك نقض ٩ إبـريل سنـة ١٩٥٧، مجمـوعــة الأحكـام س٨ رقم ١٠٧ ص ٣٩٦. وانظـر السعيـد مصطفى السعيد، الأحكام العامة فى قانون العقوبات، طبعة ١٩٥٧ ص ١١٦.

(٣) انظر: Crim., 9 Avril. 1970, Bull., IIS.

وانظر: Merle et Vitu, T. 1, No. 277, p.373.

تاركا دعواه، الحكم بترك الدعوى الجنائية مـا لم تطلب النيابة العامة الفصل فيها . فقد قضت محكمة النقض بتطبيق هذا النص من تلقاء نفسها بـاعتباره قانونا أصلح للمتهم على واقعة الدعوى الجنائية المطعون فى حكمها بالنقض رغم أن ترك الدعوى المدنية كان قد تم من قبل أمام محكمة الموضوع[1].

٣ ـ انقضاء الدعوى الجنائية بالصلح

وكذلك الشأن فيما ينص عليـه المشرع بشأن انقضاء الـدعوى الجنائيـة . مثال ذلك القانون رقم ١٧٤ سنـة ١٩٩٨ الذى أضاف مادة جديدة برقـم ١٨ مكرر (أ) إلى قانون الإجراءات الجنـائية تجيز للمجنى عليـه ولوكيلـه الخاص فى نوع معين من الجنح وردت على سبيل الحصر أن يطلب إلى النيـابة العـامـة إثبات صلحـه مع المتهم، ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية بـالصلح . فقد طبقت محكمة النقض هذا النص بأثر رجعى بوصفه قـانونا أصلح للمتهم[2]. تأسيسـا على أن قاعدة الصلـح الجنائى تعتبر قاعدة موضوعية من شأنها تقييد حق الدولة فى العقاب[3].

٤ ـ القوانين المتعلقة بالإثبات

قـد يصدر القـانون الجديـد معدلا الأحكـام المتعلقـة بعبء الإثبات أو بـالوسـائل المستعملة للإثبـات أو بحجة العناصر المقدمة لـلإثبات، فما أثر هذا القـانون؟ يذهب الـرأى الراجح فى الفقـه والقضاء إلى أن أدلـة الإثبات أمـر قريب من مـوضوع سلطـة العقاب، ومن ثم فإن القـوة المعدلة لإجـراءات الإثبات تخضع لمبدأ عدم الـرجعية[4].

---

(١) نقض ١٠ فبراير سنة ١٩٩٩ القضية رقم ٢١٢٤٧ سنة ٦٣ قضائية.

(٢) نقض أول فبراير سنة ١٩٩٩ فى الطعن رقم ٣٨٤٨ سنة ٦١ قضائية.

(٣) نقض ٣ يـونية سنـة ١٩٩٩ فى القضيـة رقم ١٤٦٧٠ لسنـة ٦٤ قضائيـة تطبيقـا لنص المادة ٥٣٤/ ٤ من القانون رقـم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجـارة والذى نص فى الفقرة الرابعـة من المادة ٥٣٤ منه على حق المجنى عليه ووكيله الخاص فى الجرائم المنصوص عليها فى المادة ٥٣٤ من هـذا القانون (ومنها جريمة إصدار شيك بدون رصيـد) أن يطلب من النيابة العامـة أو المحكمة بحسب الأحوال وفى أية حـالة كانت عليها كـدعوى إثبات صلحه مع المتهم ويترتب على الصلح انقضـاء الدعوى الجنائيـة ولو كانت مرفـوعة بطريقة الادعاء المباشر.

(٤) G. Levasseur, Un probléme d'application de loi pénale dans le temps, Rev. Sc. Crim., 1966, PP. 1 ets.

وانظر: Paris, 8 Janvier 1941, Sirey 1941-4-30.

ولذلك ذهب رأى إلى أنه إذا كان الإثبات المنظم بقانون يتعلق بعنصر أو ركن فى الجريمة فينطبق بأثر رجعى إذا كان فى صالح المتهم، أما عدا ذلك من إجراءات مثل النصوص الخاصة بحجية بعض المحاضر فإنها تطبق بأثر فورى[1].

ويرى البعض[2] أن قانون الإثبات الجنائى يحكمه القانون المعمول به لحظة تقديم الدليل مع مراعاة أن الأدلة المتوافرة قبل القانون الجديد والتى تنال قيمة فى الإثبات وفقا للقانون القديم تحتفظ بها طالما تكونت فى ظل هذا القانون.

٥ ـ القوانين المتعلقة بإصدار الأحكام

تخضع الأحكام لإجراءات وأشكال معينة، فماذا يكون الحل لو صدر قانون جديد بتعديل هذه الإجراءات أو الأشكال، كأن يعدل القانون الجديد فى بيانات الحكم أو فى كيفية تسبيبه أو توقيعه أو فى الأغلبية المقررة لإصداره. الأصل أن القانون يسرى بأثر مباشر على الأحكام التى تصدر فى ظله. وقد واجه القضاء المصرى مشكلة قانونية بشأن تأثير الأغلبية المطلوبة لإصدار الحكم. فقد صدر القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية، واشترط فى الحكم الذى تصدره محكمة الجنايات بإعدام المتهم أن يصدر بإجماع آراء أعضاء المحكمة (المادة ٣٨١/ ٢ إجراءات). وقد قضت محكمة النقض[3] بأن هذا القانون لا يمس أساس الحق فى توقيع عقوبة الإعدام ذاتها، بل اقتصر على تنظيم إجراءات الحكم بهذه العقوبة، وبالتالى يطبق بأثر فورى ولا يستفيد المتهم طبقا للمادة الخامسة عقوبات بشأن رجعية القانون الأصلح للمتهم. وواقع الأمر، أن تطبيق القانون الجديد الذى اشترط إجماع آراء المحكمة عند الحكم بالإعدام يترتب عليه الحكم بعقوبة أقل من الإعدام عند توافر الأغلبية فقط، ومن ثم فإن مقدار العقوبة يتأثر نزولا أو صعودا بمقدار عدد القضاة الذى يصوت نحو عقوبة معينة، ومن ثم فإن هذا القانون يؤثر بطريق غير مباشر فى نوع العقوبة المحكوم بها ويسرى عليه ما يسرى على القوانين المعدلة للعقوبات[4].

---

(١) مأمون سلامة، المرجع السابق ص ٣٧.

(٢) Merle et Vitu., T.1., op. cit., No. 278, p.374.

(٣) نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٢، مجموعة الأحكام س١٣ ر قم ١٩٢ ص ٧٨٩.

(٤) نادينا بهذا الرأى فى تعليقنا على هذا الحكم بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٦٢ ص٤٧٩ وما بعدها.

وانظر التعليق الذى نشرناه باللغة الفرنسية على هذا الحكم بعنوان:

A propos de l'application de la loi pénale dans le temps; la régle de l'unanimité dans la con-
= damnation en R.A.U. Rev. sc. Crim 1966, pp.821 et S.

٦ ـ القوانين المتعلقة بطرق الطعن

استقر القضاء فى مصر وفرنسا على أن طرق الطعن فى الأحكام الجنائية ينظمها القانون القائم وقت صدور الحكم[١]. فإذا ألغى القانون الجديد طريقا من طرق الطعن فإنه لا يسرى من يوم العمل به إلا على الأحكام الصادرة بعد هذا التاريخ. كما لا يؤثر القانون الجديد بطبيعة الحال على الطعون التى رفعت قبله ويتعين الاستمرار فى نظرها وفقا للإجراءات المقررة فى القانون القديم[٢]. وأساس هذه القاعدة أن الحكم متى صدر أصبح فى حد ذاته قابلا للطعن وفقا للقانون المعمول به وقت صدوره. وما القابلية للطعن إلا امتداد لحق التقاضى الذى كفله الدستور والقانون. فلا يجوز للقانون الجديد أن يمتد بأثر رجعى ليحرم الخصوم من هذا الحق إذا كفله القانون القديم. وإذا استحدث القانون الجديد طريقا من طرق الطعن بدأ وقت صدور الحكم فإنه يسرى عليه بأثر فورى، كما أن القانون الجديد إذا اقتصر على تعديل الأوضاع المنظمة لممارسة حق الطعن كالمواعيد أو الإجراءات، فإنه يطبقه بأثر مباشر على الأحكام القابلة لهذا الطعن طالما لم يكن قد بوشر بعد قبل صدور القانون الجديد.

٧ ـ القوانين المتعلقة بالتقادم

قد يصدر قانون جديد بتعديل بعض الأحكام المتعلقة بانقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم سواء بزيادة المدة أو بإنقاصها أو بتعديل شروط احتساب المدة أو قطع التقادم أو وقف سريانه أو الآثار المترتبة عليه. وقد ذهب رأى إلى تطبيق هذا القانون بأثر فورى سواء كان لصالح المتهم أو ضده، وذلك بالنسبة إلى الجرائم التى سبق ارتكابها قبل العمل به. وقد ترددت محكمة النقض الفرنسية فى هذا الشأن، فبعد أن كانت تميل إلى عدم رجعية هذه القوانين إلا إذا كانت فى صالح المتهم، فإنها قد انتهت إلى تطبيقها

= وانظر فى تأييد هذا الاتجاه الأستاذ ليفاستر:

Un probléme d'application de la loi pénale dans le temps, Rev. Sc. Crim., 1966, p.11 et S.

ومأمون سلامة فى المرجع السابق ص ٣٨.

(١) نقض ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٢، مجموعة الأحكام س٤ رقم ٨٦.

(٢) حكم بأن إلغاء حق المعارضة فى الأحكام التى كانت تصدر من محكمة النقض بمقتضى القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩، يسرى منذ نفاذه على الدعاوى التى لم يكن قد تم الفصل فيها (نقض ٢ أكتوبر سنة ١٩٦٢، مجموعة الأحكام س١٣ رقم ١٤٨ ص ٥٩٠)، وانظر نقض ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٢، مجموعة الأحكام س٣ ص ٨٦٤.

على التقادم الـذى لم يتم بعد سواء كـان القانون الجديـد فى صالح المتهم أم لا [١]. ثم جاء قانون العقـوبات الفرنسى الجديد فوحد بين أحكام تقـادم العقوبة وتقادم الحق فى الدعـوى الجنائية، فنص فى المادة ١١٢/ ٣ و٤ على أن يطبـق بأثر حال قـوانين التقادم المتعلقة بـالدعـوى الجنائية وبـالعقوبـات إذا لم يكن التقادم قـد استكمل بعد، إلا إذا ترتب على ذلك تسـوئة مركز المتهم. وطبقـا لهذا النص، فلا يسرى بأثر رجعى القـانون المعدل لمدد تقادم الدعوى الجنائية الذى يسوئ مركز المتهم، كما إذا أطال مدة التقادم. واستخلص الفقه من هذا النص أنه إذا كان قانون تقادم الدعوى الجنائية الجديد أصلح للمتهم، فإنه يطبـق بأثر مباشر كما إذا قلل من مـدة التقادم أو قيـد أو ألغى انقطاع أو وقف التقادم[٢]. ونحن نـؤيد هـذا الاتجاه على أسـاس أن حق الـدولة فى العقـاب لا يمارس إلا من خلال الحق فى الـدعوى الجنائيـة، مما مقتضـاه أنه لا عقوبـة بغير دعوى جنائية الأمـر الذى يحتم أن يخضع تقادم كل من الاثنين لقواعـد واحدة من حيث عدم الرجعية كمبدأ عام، أو الرجعية إذا كان القانون الجديد فى صالح المتهم[٣].

١٨١ ـ القوانين المتعلقة بتنفيذ العقوبات

يمتد نطاق مبـدأ الشرعية الجنائية إلى قواعـد تنفيذ العقوبات، بـاعتبار أن مضمون العقوبات لا يتحقق إلا بـالتنفيذ. فماذا يكون الحل لو صدر قانون جـديد يتعلق بتنفيذ العقوبات متضمنا تعـديلا فى إجراءات تنفيذ العقوبات السالبة للحـرية أو العقوبات المالية، مثل قواعد الإفراج الشرطى أو قواعد الإكراه البدنى لتنفيذ الغرامة[٤]، أو قواعد تفريد التنفيذ العقابى، أو قواعد جب العقوبات.

إن الإجابـة على هذا السؤال تتـوقف على مدى تحديـد مضمون العقوبـات فى ضوء أساليب التنفيذ. فكلما كانت شدة العقوبة أو ضآلتها تتوقف على كيفية تنفيذها، كان التنفيـذ العقابى جـزءا لا يتجزأ من العقـاب ذاته، ومن ثم فيخضع لمبـدأ عدم رجعيـة

(١) Crim., 24 Oct. 1956, Bull No.675, 16 Oct. 1957, Bull No.64, 312 Mai 1959, Bull, No.260.

(٢) Merle et Vitu., T.I., op. cit., No.283, p.379.

(٣) انظر نقض ٧ فبراير سنة ١٩٥٢، مجموعة الأحكام س٣ رقم ١٨٣ ص ٤٨١.

(٤) مثال ذلك ما نص عليه التعديل الجديد لقانون الإجراءات الجنائية الصادر سنة ١٩٩٨ بشأن زيادة مقابل كل يـوم من أيـام الحبس الاحتيـاطى أو الإكـراه البـدنى أو التشغيل، وذلك فى تطبيق أحكـام المواد ٥٠٩ و٥١١ و٥١٣ و٥٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ٢٣ من قانون العقوبات إلى خمسة جنيهات بدلا من جنيه واحد.

قانون العقوبات . ويؤكد هذا المعنى مـا قضت به المحكمة الدستورية العليا فى مصر ما مؤداه أن حق التقاضى ما لم يقترن بوسائل تنفذ مـا تقضى به المحكمة ، فإنه يعدو هباء منثورا ، ويفقد قيمته من الناحية العملية[1] وقد أكد قانون العقـوبات الفرنسى الجديد مبدأ خضـوع قواعد التنفيـذ العقابى لمدلـول شرعية الجرائم والعقوبـات من حيث عدم الرجعية (١١٢/ ٣) .

١٨٢ - القواعد المتعلقة بتقادم العقوبة

قد يصدر قانون جديد بتعديل قواعد تقادم العقوبة . ويعتبر هذا القانون من قوانين العقوبات لأنه يـؤثر فى مضمون العقوبة بوضع حـد لها طولا أو قصرا ، فيسرى فى شأنه مبـدأ عدم رجعيـة قانـون العقوبـات بالنسبـة إلى القواعـد التى تسىء إلى المتهم ، مثل النصوص التى تطيل فى مدة التقادم .

أما النصـوص المتعلقة بتقـادم الدعـوى الجنائيـة ، فقد ثار بشـأنها الجدل ، فذهب البعض إلى أنها من القـواعد الإجـرائية التى تنطبـق بأثر مبـاشر لأنها ليست من قواعـد قانون العقوبات[2] . وقد بينـا أن هذه النصوص تمس حق الدولـة فى العقاب ، ومن ثم تأخذ حكم قانون العقوبات ، فتخضع لمبـدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، فلا تسرى بأثر رجعى إلا إذا كانت فى صالح المتهم[3] .

١٨٣ - أثر القانون الأصلح للمتهم

يسرى القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعى[4] منذ صدوره على الجريمة التى ارتكبت من قبل . وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا القيمة الدستورية لهذا الأثر استنادا إلى

---

(١) المحكمة الدستـورية العليا ٣ إبريل سنة ١٩٩٣ ، القضيـة رقم ٢ سنة ١٤ قضائية «دستـورية» ، الأحكام التى أصدرتها المحكمة الدستورية العليا ، جـ٥ ، مجلد ٢ ، قاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١ .

(٢) السعيد مصطفى السعيد ، الأحكـام العامة فى قانون العقوبـات سنة ١٩٦٢ ص ١٣١ ، وانظر نقض أول فبراير سنة ١٩٥٥ ، مجموعة الأحكام س٦ رقم ١٦٤ ص ٥٠٠ .

(٣) نقض ١١ نوفمبر سنـة ١٩٥٢ ، مجموعة الأحكـام س٤ رقم ٥٢ ص ١٢٨ ، ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ س٤ رقم ٧٢ ص ١٨٠ ، ١١ يناير سنة ١٩٥٤ س٥ رقم ٧٩ .

(٤) ٧ نـوفمبر سنة ١٩٩٢ القضيـة رقم ١٢ سنة ١٣ قضـائية ٧ دستـوريـة ، مجموعـة الأحكام التى أصـدرتها المحكمة الدستورية العليا ، جـ٥ ، المجلد الثانى ، قاعدة رقم ٧ ص ٦٨ .

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، واحترام الحرية الشخصية، وانتفاء الضرورة الاجتماعية للتجريم[1].

ويلاحظ أن رجعية القانون الأصلح لا تخل بالنظام العام، بل هى أدعى إلى تثبيته بما يحول دون انفراط عقده، على تقدير أن إعماله منذ صدوره أكفل لحقوق المخاطبين بالقانون القديم وأصون لحرياتهم.

ويتعين تطبيق الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم، ولو حكم بانقضاء الدعوى الجنائية لوفاة المتهم، إذا كان يترتب على القانون الجديد الأصلح للمتهم اعتبار حيازة الأشياء المضبوطة مع المتهم (نقد أجنبى) أمرا مباحا، ففى هذه الحالة لا يجوز الحكم بالمصادرة طبقا للمادة ٣ عقوبات[2].

ويلاحظ أن المادة الخامسة من قانون العقوبات قد نصت على أن الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم يترتب منذ صدوره (وذلك فى حدود النصوص الجنائية)، أى لا يتراخى إلى تاريخ العمل به، الذى حدده القانون لنفاذه طبقا للمادة ١٨٨ من الدستور[3] . إلا أنه بطبيعة الحال لا يعتبر القانون نافذًا إلا بعد نشره فى الجريدة الرسمية، مما لا يستقيم معه إعمال الأثر الرجعى للقانون الأصلح منذ صدوره، وبالتالى، فإن إعمال القانون الأصلح منذ صدوره لا منذ تاريخ العمل به يعتبر مخالفا للدستور. ومع ذلك، قضت محكمة النقض إلى أن قانون المخدرات «الجديد» يعتد به من تاريخ صدوره لا من تاريخ العمل به إذا كان هو الأصلح للمتهم. وعلة ذلك أنه

---

(١) انظر ما تقدم بند ١٥٥.
وقد أسس المجلس الدستورى الفرنسى فى ١٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١، رجعية القانون الأصلح للمتهم على أساس الضرورة، أى أن النصوص القديمة لم تعد هناك ضرورة لتطبيقها. والضرورة بهذا المعنى تنفى الضرورة أساسا للتجريم والعقاب، كما سنبين فيما بعد.

(٢) قضت محكمة النقض بأن المادة الأولى من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٤ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبى لم تحظر على الأفراد حيازة النقد الأجنبى أو الاحتفاظ به، وبالتالى، لا يخرج بطبيعته عن دائرة تعامل الأفراد به، مما يتعين معه عند الحكم بانقضاء الدعوى الجنائية لوفاة المتهم عدم الحكم بمصادرة العملة الأجنبية المضبوطة فى حيازته (نقض ١٩ مارس سنة ١٩٩٨ الطعن رقم ١٨٨١٠ لسنة ٦٠ قضائية).

(٣) نقض ١٧ إبريل سنة ١٩٦٢، مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ٩١ ص ٣٩١. انظر فى ذات المعنى ٧ فبراير سنة ١٩٥٢، مجموعة القواعد فى ٢٥ عاما ص ٩٢٠ رقم ٢، نقض ١٥ مايو سنة ١٩٧٨، مجموعة الأحكام ص٢٩ ص ٥١٦.

بعد أن أفصح المشرع عن قصده فى القانون الجديد، لا يسوغ معه معاملته بغير هذا القصد طالما كان ذلك فى مصلحته، فضلا عن أن المصلحة العامة قد وضحت من يوم صدور التشريع الجديد[١]. ولا محل هنا لتطبيق الأصل فى قانون العقوبات وهو عدم سريانه إلا منذ تاريخ العمل به. لأن علة ذلك هو ضمان علم الناس بالقانون قبل مساءلتهم عما تضمنه، وهى علة غير متوافرة فى القانون الأصلح للمتهم.

وقد ميزت المادة الخامسة من قانون العقوبات بين أثر القانون الأصلح قبل الحكم النهائى وأثره بعد هذا الحكم على النحو التالى:

١٨٤ ـ حالة القانون الصادر قبل الحكم النهائى (البات)

يراد بالحكم النهائى فى هذا الصدد الحكم الذى تنقضى به الدعوى الجنائية، وهو ما لا يتحقق إلا بعد استنفاد جميع طرق الطعن فيه، ومنها النقض[٢]. والأصح أن يسمى بالحكم البات أى غير القابل للطعن بأى طريق، حتى لا يلتبس بالحكم النهائى الذى ينصرف مدلوله إلى مجرد الحكم الذى لا يجوز استئنافه. وقد كانت محكمة النقض الفرنسية ترى بادئ الأمر عدم تطبيق القانون الأصلح؛ إذا صدر فى أثناء نظر الطعن بالنقض، ثم اتجهت إلى تطبيق هذا القانون على الدعاوى المنظورة أمامها[٣]. وطبقا للمادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض، تقضى هذه المحكمة من تلقاء نفسها بنقض الحكم لمصلحة

(١) قالت محكمة النقض إنه لا يسوغ القول باتصال التأثيم طوال الفترة من تاريخ صدور القانون إلى تاريخ العمل به، وذلك لأن عدالة التشريع تأبى أن يظل الفعل مؤثما إلى حين العمل بالقانون الجديد بعد أن اعتبره الشارع بإصداره فعلا مباحا. (نقض ١٧ إبريل سنة ١٩٧٢ سالف الذكر). وهو قول محل نظر لأن التشريع لا يعمل به إلا بعد نشره فى الجريدة الرسمية طبقا للدستور (المادة ١٨٨)، كما أن القانون قد يعتبر أصلح للمتهم ولو لم يبح الفعل واقتصر على تخفيف العقوبة.

(٢) وفى هذا المعنى، نصت المادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن بطريق النقض، على أنه يجوز لمحكمة النقض أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون يسرى على واقعة الدعوى.

(٣) انظر: Crim. 13 Juillet. 1960, Bull. No. 374, Merle et Vitu. Traité p.178.

انظر مثالا لذلك:

Crim, 16 Mars et 14 Déc. 1994, Bull, pp.893, 141, 183, 199, 367 et 413; 15 Fév., 15 Mars et 5 Avril, 1995, Bull 70, pp.106 et 150.

المتهم؛ إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الفصل فيه بحكم بات قانون أصلح للمتهم[1]. ويلاحظ أنه إذا قضت محكمة النقض بإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع لنظرها من جديد[2]، ثم صدر قانون أصلح للمتهم وجب تطبيقه بأثر رجعي طالما أن الدعوى لم تنقض بعد .

فى هذه الحالة تطبق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي دون تمييز بين ما إذا كان القانون الجديد من نصوص التجريم أو العقاب، وسواء أباح الفعل أو منع عن الجانى العقاب أو المسئولية أو اقتصر على التخفيف .

١٨٥ ـ حالة القانون الصادر بعد الحكم النهائى (البات)

إذا انقضت الدعوى الجنائية بحكم بات حاز قوة الأمر المقضى وأصبح عنوان حقيقة لا تقبل المجادلة وعنوان صحة لا تقبل المناقشة. وأن المشرع لم يجز فى جميع الأحوال تطبيق القانون الأصلح إذا صدر بعد هذا الحكم، بل اشترط لذلك أن نكون حيال وضع تأباه العدالة بصورة حاسمة، كما إذا أتى القانون الجديد بسبب يؤدى إلى إسقاط وصف التجريم عن الفعل، إما لتوافر أحد أسباب الإباحة أو لعدم توافر أحد ركنى الجريمة (المادى والمعنوى)، أو لقيام مانع من موانع العقاب. لقد رأى المشرع فى هذه الحالة ضرورة التوفيق بين اعتبار العدالة واعتبار احترام قوة الأمر المقضى. فنص على أنه إذا صدر قانون بعد حكم «نهائى» يجعل الفعل الذى حكم على المجرم بسببه غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية (المادة/ ٣ عقوبات). وبناء على هذا النص، فإن الحكم الصادر بإدانة المتهم يظل باقيا، ولكنه يفقد استمرار صلاحيته كسند تنفيذى. فإذا كان المحكوم عليه يقضى مدة عقوبة سالبة للحرية وجب الإفراج عنه فورا[3]، وإذا كان الحكم صادرا عليه بالغرامة فلا يجوز تحصيلها

(١) انظر نقض ١٠ ديسمبر سنة ١٩٨٤، مجموعة الأحكام س٣٥ رقم ١٩٥ ص ٨٨٥، ٥ يناير سنة ١٩٨٥ س ٣٦ رقم ١٠٧ ص ٦٠٧، ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٨٥ س٣٦ رقم ١٦٧ ص ٩٢٣، ٩ يناير سنة ١٩٨٦، مجموعة الأحكام س٣٧ رقم ١٠ ص ٤١، ٦ فبراير سنة ١٩٨٦ س٣٧ رقم ٥٠ ص ٢٤٤، ٢ مارس سنة ١٩٨٦ س٣٧ رقم ٦٦ ص ٣٢٢.

(٢) Crim, 11 Mai 1959, Bull. No.251.

(٣) يجوز للمحكوم عليه أن يستشكل فى تنفيذ هذا الحكم. وعلى المحكمة أن توقف تنفيذ الحكم.

منه . وقد ثار البحث بشأن ما إذا كان يحق للمحكوم عليه المطالبة باسترداد ما تم دفعه من غرامات أم لا، فذهب رأى إلى أن تطبيق القانون يؤدى إلى اعتبار المتهم فى حكم من أتى نشاطا مباحا، ومن ثم فيجوز له استرداد ما دفعه من غرامات تنفيذا للحكم الصادر عليه[٢] وذهب رأى آخر إلى أنه ليس للمتهم استرداد الغرامة التى دفعها لأن القانون قد نص على إيقاف تنفيذ الحكم وهو ما لا يكون إلا من تاريخ صدور القانون الأصلح[٣] . ونحن نؤيد هذا الرأى الأخير، لأن القانون الجديد لا يمس الحكم الصادر ضد المتهم ولا قوته التنفيذية قبل القانون الجديد ويقتصر أثره على ما لديه من قوة تنفيذية مستقبلة . وما تم تنفيذه على المتهم سواء تعلق بالغرامات أو بالعقوبات السالبة للحرية يستند إلى الحكم الجنائى . وقد عبر المشرع صراحة عن قصده فى عدم المساس بهذا الحكم إذ نص على وقف تنفيذ الحكم وهو ما يعنى عدم الاستمرار فى تنفيذ الحكم بالنسبة إلى المستقبل لا إلغاء ما تم تنفيذه فى الماضى .

أما إزالة الآثار الجنائية للحكم فتصرف إلى جميع النتائج القانونية التى يرتبها الحكم الجنائى مثل اعتباره سابقة فى العود .

١٨٦- استثناء القوانين المؤقتة

قلنا إن الأصل فى تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم بأثر رجعى أنه يتفق مع المصلحة العامة التى حققها هذا القانون الجديد . ولكن المشرع قد يرى أن المصلحة تقتضى عدم ترتيب هذا الأثر الرجعى، وأن يطبق القانون القديم على الجرائم التى وقعت فى ظله ولو كان القانون الجديد فى صالح المتهم . وينحصر ذلك فى القوانين المؤقتة، فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من قانون العقوبات على ما يلى : «غير أنه فى حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه فى فترة محددة، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها» .

وقد بررت المذكرة التفسيرية للقانون هذا الاستثناء بأنه لا يجوز أن يستفيد المتهم أو

---

(١) محمود مصطفى، ص١٠١، محمود نجيب حسنى ص ١١٨ .

(٢) على بدوى، الأحكام العامة ص ١٢٩ هامش ١ .

Levasseur, op. cit., p.170.

المحكوم عليه من مضـى المدة التى ينهى القانون عن فعل أو يأمر بـه خلالها وإلا ضاع الغرض المقصود من القـانون . وواقع الأمر أن المشرع قد يرى إصدار قـانون مؤقت حتى يستفيد من آثار تطبيقـه فى فترة معينة ثم يجرى تعديله التشريعى بصفـة دائمة على ضوء هذه الخبرة . كما إذا أطلق المشرع حـرية بعض العمليات الاقتصادية المنظمـة بإجراءات خاصـة لمدة محددة ، حتى يتحقق مدى التحسن الـذى يطرأ على الـوضع الاقتصادى . وقد يصدر المشرع القانون المؤقت لمواجهة ظروف طارئة كالأزمات الاقتصادية أو الظروف الصحية واضطراب الأمن العام لأسباب معينة . والمصلحـة العامة التى تدعو المشرع إلى إصـدار القـانـون المؤقت لا تتحقـق إذا أفلت المجـرم من العقـاب بسبب التأخير فى إجراءات محاكمته حتى ينتهى مفعول القانون المؤقت القديم .

يمكن تقسيم القوانين المؤقتة إلى قسمين :

١ ـ قوانين مؤقتة بنص

وهى التى تحدد فى نصـوصهـا مدة تطبيقهـا بطـريقـة واضحة ، مثـال ذلك القـرار الصادر من وزير التمـوين بأن تستولى الحكومة على كميـة من الأرز الشعير من محصول سنة معينة ، فى ميعاد محدد[1] .

٢ ـ قوانين مؤقتة بطبيعتها ، وهى من نوعين :

(أ) قوانين تتحـدد مدة تطبيقها بطـريقة ضمنية عن طـريق الظروف التى أدت إلى وضعها ، وتنتهى هذه المدة تلقائيا بانتهاء هذه الظروف . مثال ذلك القوانين التى تسرى فى حالة الحرب أو اللوائح التى تسرى فى أثناء إقـامة معرض أو مؤتمر معين . فإنها تنتهى بانتهاء هذه الحالة دون حاجة إلى نص صريح .

(ب) قوانين تتحدد مدة تطبيقها بطـريقة ضمنية عن طريق الظروف التى أدت إلى وضعها ولكنها لا تنتهى تلقائيا بل لابد من تدخل المشرع بنص صريح على ضوء تقديره لمدى عدم تـوافر هذه الظروف . مثـال ذلك قرارات رئيس الجمهورية التى تصـدر عند إعلان حالة الطوارئ فإنها تبقى طالما توافرت هذه الحالة ولم يصدر قرار بإلغائها .

---

(١) قضى بأن هذا القرار الموقوت بمدة معينة لا يتأثر بانقضاء هذه المدة ، كما لا يتأثر من باب أولى بصدور أو عدم صدور قـرار عن السنوات التالية (نقـض ١٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، مجموعـة الأحكام س٦ رقم ٣٥٦ ص ١٢١٧) ، نقض ٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ س٦ رقم ٤١٤ ، ص ١٤٠٣ .

"Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)"

١٨٧ ـ أثر القانون المؤقت

إذا انتهى تطبيق القانون المؤقت وعاد القانون العادى الذى كان مطبقا قبل هذا القانون إلى نطاق سريانه الأول، فما حكم التنازع بين القانون المؤقت والقانون العادى بالنسبة إلى الجرائم التى وقعت فى ظل القانون المؤقت؟ لا صعوبة إذا كان القانون المؤقت هو الأصلح للمتهم، ففى هذه الحالة يستمر تطبيقه وفقا للقواعد العامة. إنما تثور الصعوبة إذا كان القانون الجديد أصلح للمتهم من القانون المؤقت، فهل يطبق القانون الجديد بأثر رجعى على الجرائم التى وقعت فى ظل القانون المؤقت؟ لا يمكن القول بأن المصلحة العامة تقتضى تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعى لسببين:

أولا: سوف يتمكن المجرمون الذى خالفوا القانون المؤقت قبيل انتهاء فترة تطبيقه من الإفلات من نطاق هذا القانون بالتسبب فى إطالة الإجراءات حتى تنقضى هذه الفترة.

ثانيا: إذا قصد المشرع أن يحدد نطاق تطبيق القانون بفترة محددة، فإن هذا القصد سوف يخالف إذا خضعت الجرائم التى وقعت فى خلال هذه الفترة لقانون آخر، ففى هذه الحالة سوف لا يتمتع القانون المؤقت بكامل نطاق تطبيقه المحدد بفترة معينة إذا أجيزت مخالفة نصوصه عندما يقترب انتهاء هذه الفترة. وبناء على هذين الاعتبارين، فإن انقضاء القانون المؤقت لا يمنع مطلقا من استمرار تطبيق هذا القانون على الجرائم التى وقعت فى ظله ولو كان القانون الجديد أصلح للمتهم. وقد حرص قانون العقوبات المصرى على تأكيد هذا المعنى.

وقد ميزت محكمة النقض المصرية بين القوانين المؤقتة المحددة مدتها بوضوح فى النص، وبين القوانين المؤقته بطبيعتها. وقد أسست هذا التمييز على عبارة الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة التى عرفت القانون المؤقت بأنه هو القانون الذى ينهى عن ارتكاب الفعل فى «فترة محددة» مما يفيد اقتصاره على القانون المؤقت المحددة مدته بنص فيه[1]. وتطبيقا لذلك قضى بأن الأوامر العسكرية التى تصدر بمناسبة إعلان حالة

---

(١) انظر الرأى المشار إليه فى: Merle et Vitu, op. cit., No. 273, p.365. Levasseur, op. cit., p.207.

وقد قيل بأنه إذا نص القانون الجديد على عدم إثبات عقد الوديعة إلا عن طريق العقد الرسمى، فإنه سيترتب على تطبيق الأثر الرجعى للقانون الأصلح للمتهم أن يفلت مرتكب جريمة خيانة الأمانة من العقاب إذا كان عقد الوديعة الذى أخل به لا يتمتع بالصفة الرسمية. وهى نتيجة غريبة بسبب الخلط بين القواعد غير العقابية والقواعد العقابية.

الطـوارئ غير محددة بمدة معينـة ولا يجوز إبطال العمـل بها إلا بناء على قـانون يصـدر بإلغائهـا ، ولذلك لا يمكن اعتبـارها من القـوانين المؤقتة بـالمعنى الذى تقصـده الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة عقوبـات ، وبالتالى فإن المتهم يستفيد من إلغـاء هذه الأوامر فى أية حال كانت عليها الدعوى ويتمتع بالقانون الأصلح للمتهم(١) .

ويـلاحظ أن مشروع قانـون العقوبـات الفرنسى لسنـة ١٩٧٨ كان يخرج من نطـاق رجعية القانـون الأصلح للمتهم القانون المؤقت سواء كـان مؤقتا بطبيعته أو مـؤقتا بمدة محددة فى النص ، حتى جاء قانون العقوبات الفرنسى الجديد سنة ١٩٩٢ فخلا من هذا الاستثناء تحت تأثير قـرار المجلس الدستـورى الفرنسى الصـادر فى ١٩ و٢٠ ينايـر عام ١٩٨١ والذى أعطى قيمة دستورية لرجعية القانون الأصلح للمتهم(٢).

---

(١) نقض ٢٨ ينـاير سنـة ١٩٤٦ سالف الـذكر، ٥ يونيـة سنة ١٩٦٧ ، مجمـوعة الأحكـام س١٧ رقم ١٤٩ ص٧٤٤.

(٢) Frederic Desportes et Francis le Gunek, op. cit., p.249.
François Luchaire, Le conseil constitutionnel, Tome II. jurisprudence, premier partie: l'individu, Paris, Economica, 1998, No.204, p.148:

الباب الثالث

التجريم والعقاب فى إطار التوازن

بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة

١٨٨ـ تمهيد

نعالج هذا الموضوع فى فصلين : أولها، فى التجريم والعقاب فى ضوء الضرورة الاجتماعية والتناسب. وثانيها، فى ضمانات الحقوق والحريات فى مواجهة التجريم والعقاب .

الفصل الأول
التجريم والعقاب فى ضوء الضرورة الاجتماعية والتناسب

١٨٩- التوازن بين التجريم والعقاب وحماية الحقوق والحريات

تقوم سياسة التجريم والعقاب على التوازن بين فكر فلسفى اجتماعى يحدد مضمون حق الدولة فى العقاب وفكر دستورى يحدد قيمة الحقوق والحريات. ويساهم كل من قطبى هذا التوازن فى حماية المجتمع وضمان الحماية الدستورية للحقوق والحريات. فالدولة من أجل حمايتها للمجتمع وحقوق الأفراد وحرياتهم، تملك حق التجريم والعقاب. ولكن ممارسة هذا الحق بطبيعته يقيد حقوق الأفراد وحرياتهم، فإلى أى مدى يمكن قبول هذا القيد؟ إن ذلك أمر يتوقف بطبيعة الحال على مدى ما يتمتع به الفرد من حقوق وحريات وقيمتها فى النظام القانونى فى الدولة. ففى الدول التى يحكمها الفكر الشمولى يزيد حجم المساس بالحقوق والحريات لصالح الدولة. أما فى الدول التى يحكمها الفكر الديمقراطى، فإنها فى تنظيمها لهذه الحقوق وفى تحقيقها لمصلحة المجتمع لا تملك غير سلطة نسبية لا مطلقة، فتتقيد فى تحقيق أهدافها بما يتمتع به الفرد من حقوق وحريات. فالدولة بحكم وظيفتها تحمى جميع المصالح القانونية، سواء كانت حقوقا أو حريات، أو مصالح اجتماعية، ويتعين عليها من خلال التشريع التوفيق بين جميع أنواع هذه المصالح.

وإذا نظرنا إلى سياسة التجريم والعقاب؛ فإن الفرد بحكم عضويته للمجتمع يحدد نشاطه فى إطار حركة هذا المجتمع، فيلتزم بالضرورة بمراعاة قواعده كما حددتها السلطة التشريعية الممثلة للشعب. وعلى هذه السلطة بدورها أن تضمن ممارسة الفرد لحقوقه وحرياته مع إلزامه فى ذات الوقت بمقتضيات المصلحة العامة، وذلك بأن تحدد القواعد التى يمارس فى إطارها هذه الحقوق والحريات من خلال العلاقات الاجتماعية

بما يتفق مع المصلحة العامة . والمشرع فى تنظيمه لهذه العلاقات يجب أن يراعى دائما أن الإنسان الحر هو أساس المجتمع الحر، وأنه لا يمكن تحقيق الحماية الاجتماعية إلا من خلال حماية الإنسان (أى حقوقه وحرياته) . وحماية الإنسان تكون إما بالنظر إليه باعتباره مجنيا عليه أو باعتباره متهما. وبناء على ذلك، لا يجوز أن نتصور صداما بين مقتضيات الحماية الاجتماعية وبين متطلبات الحماية الإنسانية أى حماية الحقوق والحريات[1].

ويتولى المشرع الجنائى حماية الحقوق والحريات عند المساس بها، وذلك عندما يكون التجريم والعقاب هما الوسيلة الضرورية لتقرير هذه الحماية . كما يتولى فى ذات الوقت حماية الحقوق والحريات فى مواجهة أخطار التحكم سواء فى مرحلة التجريم والعقاب، أو فى مرحلة الخصومة الجنائية . وعلى هذا النحو، نجد أن الحقوق والحريات تأخذ مكانا حاكما فى التشريع الجنائى، سواء كان ذلك فى قانون العقوبات أو فى قانون الإجراءات الجنائية .

فكيف تتحدد مقتضيات حماية الحقوق والحريات من خلال ضوابط التجريم والعقاب؟ يتطلب ذلك احترام مبدأ المساواة، والذى يفترض عند تقرير المعاملة الجنائية (بالتجريم والعقاب) مراعاة الاختلاف بين المراكز القانونية التى تواجهها المعاملة الجنائية . ويقام هذا الاختلاف على أساس موضوعى، وأن تكون المعاملة الجنائية متفقة مع كل من الهدف من القانون والمصلحة العامة . ويقوم الأساس الموضوعى للتجريم والعقاب على التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة فى ضوء اعتبارات الضرورة والتناسب . ويؤدى التناسب فى العقوبات دورا معياريا لاحترام مبدأ المساواة كحق دستورى .

١٩٠ ـ الضرورة الاجتماعية والتناسب لتحقيق التوازن المطلوب

بينا فيما تقدم أن النظام القانونى فى مقام التوازن بين الحقوق والحريات من جهة وبين المصلحة العامة من جهة أخرى يجب أن يراعى مبدأ التناسب . وفى ضوء ذلك فإن المشرع الجنائى فى مقام حمايته للحقوق والحريات، يراعى التوازن بين هذه الحماية، وبين ما يتمتع به الغير من حقوق وحريات، وكذا التوازن بين هذه الحماية وبين المصلحة

---

(١) انظر مؤلفنا فى أصول السياسة الجنائية، المرجع السابق ص ١٣٥ وما بعدها.

العامة المتمثلة فى النظام العام[١]. وقلنا إن النظـام العام يقتضى تقييد حريـة الفرد من خلال التجريم والعقاب[٢]، ويتحقق ذلك إذا مـا اقتضتـه الضرورة الاجتماعيـة، أى ضرورة حماية المجتمع كمصلحة عامة تمثل فى ذاتها قيمة دستورية. فقد لوحظ أن المشرع كثيرا ما يستخدم السلاح العقابى L'arme pénale، مما يؤدى إلى مـا يسمى بالتضخم العقابى Inflation pénale[٣]الذى لا يستند إلى ضرورة. ومن ناحية أخرى، فإن الفرد يتعرض لمخاطر التجريم والعقاب إذا لم يحسن وضع ضوابط دقيقة له تحافظ على التوازن المطلوب بين مقتضيـات حماية حقـوق الغير وحرياتـه ومراعاة المصلحـة العامـة وحماية الحقوق والحريات. فـلا يجوز أن يكون هذا التوازن وسيلة للعصف بـالحقوق والحريات أو مدخـلا لحرمان المواطنين منها بصـورة غير منطقية أو على نحو يسـوده التحكم، مما يتطلب إيجاد تناسب بين قـدر المساس بالحقوق والحريات والمصـالح المحمية التى تبرر هذا المساس.

إن جوهر المشكلة يكمن فى أن حماية الحقوق والحريـات تتطلب احتراما مماثلا لسائر القيم الـدستوريـة المرتبطة بها. فـالنظـام الدستـورى للحقوق والحريـات لا يمكن أن يتماسك إلا بعـدم المبـالغـة فى وزن أحـد مكونـات هـذا النظـام. لهذا كـانت الضرورة الاجتماعيـة والتناسب ضـابطا لتحـديـد هذا التـوازن فى مجال التجريم. ويلتـزم المشرع بمراعاة معيار الضرورة والتناسب عنـد وضع الضوابط التى تحكم هذا المعيار حين يسند إلى اللائحـة وضع جرائم أو عقوبـات بناء على قـانون. فلا تملك الـلائحة الخروج عن النطاق الـذى يرسمه القـانون فى هذا الصـدد، كما يجب عليها أن تتقيد بـالهدف الذى شرعت من أجله[٤].

وتتحـدد الضرورة فى التجـريم فى ضـوء الهدف منه، فـلا يمكن السماح بـالمساس بالحقوق والحريات من خلال التجريم إلا إذا اقتضى ذلك تحقيق هدف معين هو حماية المصلحة العـامة أو حماية الحقـوق والحريات التى تتعرض للضرر أو الخطـر، وتكون فى نظر المشرع جـديرة بالحمايـة بواسطة التجريم والعقـاب. فارتباط التجـريم بالهدف من

---

(١) انظر ما تقدم بند ٢٥.

(٢) انظر ما تقدم بند ٢٦.

(٣) B. Bouloc, R. Cairo, R. Hastings, PH. Robert, F. Schir, J. Borricand; Problémes actuels de science criminelle, VI, Presse universitaire d'Aix - Marseille, 1993, p.19.

(٤) Renée Koering Joulin et Jean François Service, Droits fondamentaux et droits criminels, op. cit., p.116.

نصـوص التجـريم هو أسـاس الضرورة ومحورهـا . ومن ثم، فإن الضرورة تنطـوى على الالتزام نحـو تحقيق هذا الهدف . ولكى تقترب فكـرة الضرورة من فكرة التنـاسب يجب النظر إلى كل من القاعدة القانونية وتطبيقها . فالقاعدة القانونية لا تكون ضرورية إلا إذا وضعت لمعـالجة وضع معين، فتعـالجه على نحو كـافٍ وبغير مبـالغـة . فيكفل تطبيق القـاعـدة على هذا النحـو معـالجة هـذا الوضع بطـريقـة منطقيـة، وهو مـا يعبر عنـه بالتناسب . وبذلك يتضح أن الضرورة التى تلجئ المشرع إلى تجريم سلوك معين تفترض أن التجريم ودرجته يتناسبان مع الهدف من هذا التجريم . وعلى هذا النحو، فإن علاقة «الضرورة» تعادل علاقة «التناسب» . والـواقع أن الضرورة يجب أن تقدر بقدرها، ومن ثم يجب مراعاة التناسب بين الحقـوق الحريات المحمية والتى يلحقها الضرر أو الخطر، وبين ما يتعرض له من يمس هذه الحقوق والحريات من خطر يسبب هذا التجريم[١] . وكذلك الشأن بالنسبة للعقوبـات التى تعبر عن التجريم، فإنها يجب أن تكون متناسبة مع الهدف من التجريم والعقـاب كما بينا . وهكذا يتضح أن الهدف من القـانون يلعب دورا مشتركا فى تحديد الضرورة والتناسب فى التجـريم من جهة، وفى تحديد التناسب فى العقوبات من جهة أخرى .

وقد عبرت المحكمـة الدسـتورية فى ضـوء هذه المبـادئ فقالت بأن حقـوق الإنسان وحرياتـه لا يجوز التضحية بها فى غير ضرورة تمليها مصلحة اجتماعيـة لها اعتبارها، وأن القانون الجنائى يتغيا أن يحدد ـ من منظور اجتماعى ـ ما لا يجوز التسامح فيه من مظاهر سلوك الأفراد، وأن يسيطر عليها بوسائل يكون قبولها اجتماعيا ممكنا، فإن كان متجاوزا تلك الحدود التى لا يكون معها ضروريا، غـدا مخالفا للدستور[٢] . وقالت بأنه لا يجوز أن تنفصل العدالـة الجنائية عن مقـوماتها التى تكفل لكل متهم حـدًّا أدنى من الحقوق التى لا يجوز النزول عنهـا أو التفريط فيهـا ولا أن تخل بضرورة أن يظل التجريم مـرتبطا بالأغراض النهائية للقوانين العقابية[٣] . وأكدت كذلك ما مؤداه أن الفصل فى دستورية النص الجنائى التى يتوخـاها الجزاء الجنائى باعتباره عقابـا بالضرورة فى إطار اجتماعى، وأن التجريم المقرر بالنص الجنـائى مرده إلى الضرورة الاجتماعية، وأن هذه الضرورة التى تقرر الجزاء المنصـوص عليه فى الجزاء الجنـائى، تبلور تلك الضـوابط التى لا يتصور أن

---

(١) انظر: Marc Verdussen, op. cit., pp. 147-148.

(٢) دستورية عليا فى ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٧، القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» .

(٣) دستورية عليا فى ٣ أغسطس سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» .

يتم السلوك بعيدا عنها (مثال فى مجال بيع الوحدة السكنية طبقا للمادة ٢٣/ ٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١)، وإلا كان هذا السلوك انتهازا وضربا من التحايل[١].

١٩١ - الرقابة الدستورية على الضرورة والتناسب

وفى صدد العلاقة الوثيقة بين الضرورة والتناسب، عنى المجلس الدستورى الفرنسى باستخدام معيار التناسب[٢].

وواقع الأمر، أنه إذا نظرنا إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ والذى اتخذه المجلس الدستورى أساسا لاشتراط الضرورة والتناسب فى التجريم والعقاب، نجد أن المادة الخامسة من هذا الإعلان قد نصت على أنه لا يجوز للتشريع أن يمنع سوى الأعمال الضارة بالمجتمع "actions nuisables à la société"، وأن المادة الثامنة منه قد نصت على أن التشريع لا يمكنه أن يفرض سوى عقوبات ضرورية على وجه الدقة واليقين.

وهكذا يتبين أن اشتراط أن تكون الأعمال محل التجريم ضارة بالمجتمع قد عكس مفهوم الضرورة الاجتماعية، وهو ما نصت عليه المادة الثامنة سالفة الذكر بوضوح بالنسبة للعقوبة. وفى ضوء هذه الضرورة كان التناسب مطلوبا فى كل من التجريم والعقاب، لأنه لا ضرورة بغير تناسب[٣].

ولم ينفرد إعلان حقوق الإنسان والمواطن بهذا الضابط، فقد ردده الإعلان العالمى لحقوق الإنسان (١٩٤٨) فى عبارات أخرى، حينما اشترطت المادة الخامسة منه عدم تعريض الإنسان للعقوبات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة، وعندما أجازت المادة الثامنة من هذا الإعلان لكل شخص الحق فى أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها (اعتداء) على الحقوق الأساسية التى يمنحها له القانون،

---

(١) دستورية عليا فى ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٧، القضية رقم ٤٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٢) 88 - 248 Dc du 17 janvier 1989, Recueil juris const., op. cit., p. 339, 89 - 260 Dc du 28 juillet 1989, Recueil juris const., op. cit., p. 3658

(٣) انظر الأحكام الصادرة فى ١٠ و ١١ أكتوبر سنة ١٩٨٤، و ٢٧ يولية سنة ١٩٨٢، و٢٦ يولية سنة ١٩٨٤، و٢٩ يولية سنة ١٩٨٦ و ١٧ يناير سنة ١٩٨٩ مشارا إليها فى:

Delmas marty, op. cit., p.161.

(La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, colloque des 25 et 26 Mai 1989 au conseil constitutionnel, Paris, P.U.F., 1989).

وعنـدما نصت المادة ١٢ من الإعـلان المذكور على عـدم جواز تعـريض أحد للتـدخل (التعسفى) فى حياتـه الخاصة أو أسرتـه أو مسكنه أو مراسـلاته أو لحمـلات على شرفه وسمعتـه . فباستقـراء هـذا الإعلان، نجـد أنه لم يسمح مطلقـا بـاستخدام القسـوة أو الوحشية أو الحط من الكرامة الإنسانية فى العقوبات، ولم يسمح بالاعتداء على الحقوق الأساسية أو التعسف فى التدخل فيهـا . ولاشك أن القسوة والاعتداء والتعسف، وهى قسائم متساوية فى مراميها، تشترك فى مدلـول واحد هو أن المساس بالحقوق والحريات لا يستنـد إلى تبريـر ضرورى، ولا يتنـاسب مع السبب الـذى أدى إليـه . فـالضرورة والتنـاسب لا تقـوم معها القسـوة ولا الحط من الكـرامـة الإنسانيـة، ولا الاعتـداء ولا التعسف .

كما جاء العهد الدولى للحقـوق المدنية والسياسية الذى أقرته الجمعيـة العامة للأمم المتحدة فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٦ فأكد مبدأ عدم خضوع أحد لعقوبات قاسية أو غير إنسانيـة أو حاطـة بالكـرامة (المادة ٧)، ولم يجز المسـاس بحريـة أحد ما لم تكـن هناك أسباب تدعو إلى ذلك وفقا للإجراءات المنصوص عليها فى التشريع (المادة ٩) .

وقد أكـدت الاتفاقيـة الأوربية لحمايـة حقوق الإنسـان (١٩٥٠) ضابط الضرورة إذ أوضحت المواد من ٨ إلى ١١ من هذه الاتفاقية فى مجموعها أن ممارسة الحقوق والحريات يمكن أن تخضع لشروط أو قيـود أو جـزاءات ينص عليهـا القـانون، ممـا يعتبر تـدابير (ضرورية) فى مجتمع ديمقراطى، لحماية الأمن الوطنى ووحدة الكيان الإقليمى للدولة، أو للمحافظة على الأمن العام، أو الدفـاع عن النظام، أو منع وقوع الجريمة، أو حماية الصحـة أو الأخلاق، أو حمايـة حقـوق الغير فى مـواجهة إفشـاء الأسرار الخاصـة، أو لضمان استقـلال سمعـة وحيـدة القضـاء (المادة ١٠/ ٢). وتطبيقـا لـذلك، قضت المحكمـة الأوروبية لحقـوق الإنسـان بأنه يمكن للمشرع أن يضـع القواعـد التى تنظم ممارسة حـرية نقل الأفكار والآراء وأن يضع جزاءات جنائيـة على مخالفتها (بقصد ضمان فاعليتها أو التوازن بينها مع غيرها من القواعد أو المبادئ ذات القيم الدستورية) .

وبـالاطلاع على الـدستور المصرى، يتضح أنـه فى مجمـوعه ينبع عن فكـرة الضرورة الاجتماعيـة والتناسب فيما يتعلق بـالمسـاس بالحقـوق والحريـات . فالمادة ٤١ من هـذا الدستور لا تجيـز تقييد حرية أحـد بأى قيد إلا بأمر تستلزمـه (ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع) . كما أن المادة ٤٢ من هذا الـدستور تحظـر تقييد حريـة أحد إلا بما يحفظ كرامة الإنسـان . وواقع الأمر، فإن مبدأ التناسب الـذى لا تقوم الضرورة فى التجريم إلا

بمراعاته، يتمتع فى ذاته بذات القيمة الدستورية التى تتمتع بها سائر الحقوق والحريات والمصلحة العامة، لأنه من خلال احترام هذا المبدأ يتم احترام كافة القيم الدستورية التى نالت حماية الدستور بطريقة منطقية متوازنة.

ويحقق ضابط الضرورة والتناسب فى التجريم والعقاب الدور الاجتماعى لقانون العقوبات. فنصوص التجريم تعبر عن القيم الاجتماعية التى يؤمن بها المجتمع لحماية وجوده وأمنه وسائر مصالحه. ويدلل التطور الاجتماعى لقانون العقوبات على مدى تأثير القيم البدائية ومعتقداتها وطريقة الإنسان البدائى فى الحياة فى صورة التجريم والعقاب فى المجتمعات الأولية، وأن التطور الاجتماعى والثقافى والاقتصادى انعكس على القيم التى يؤمن بها المجتمع والتى تؤثر فى تحديد مصالحه التى يحميها بالتجريم والعقاب مستهدفا من وراء ذلك تعميق هذه القيم فى نفوس الناس. وتسهم الأخلاق والعقيدة الدينية فى تكوين هذه القيم.

والضرورة الاجتماعية ليست ثابتة جامدة، بل إنها متغيرة بتغير الظروف وتطور المصالح والقيم. وقد أدى التطور السياسى والاجتماعى والتكنولوجى والاقتصادى إلى ظهور جرائم مستحدثة، منها الجرائم ضد الإنسانية، والاتجار فى المخدرات، وغسيل الأموال والإرهاب والاتجار فى النساء والأطفال، والاتجار غير المشروع فى السلاح. كما اتخذت بعض هذه الأفعال شكل الجريمة المنظمة التى قد تتجاوز حدود الدولة، والتى تعمل عادة بطريق العنف فى أنشطة تهدف من ورائها إلى الحصول على المال أو السلطة[1]. مما يعرض أمن المجتمع ومصالحه للخطر، ويتطلب مواجهة شاملة من خلال التجريم

---

(1) Sherif Bassioni and Eduardo Vetere; Towardes understanding organized crime and its Transnational manifestations (Organized crime, Transnational Publshers, inc. Ardsley, New York, p. XXVIII.

وقد أثبتت الملاحظة أن الجريمة المنظمة تعتمد على الترويع والعنف لتحقيق أهدافها. وقد اعتمد الاتحاد الأوربى على تعريف للجريمة المنظمة ينبنى على توافر ٧ من الخصائص الآتية:

١ - التعاون مع أكثر من اثنين. ٢ - تكليف كل من المساهمين فيها بمهمة معينة. ٣ - أن تكون مهمة المجرمين ممتدة أو غير محددة بمدة معينة. ٤ - يخضع تنفيذها لشكل من أشكال النظام أو الرقابة. ٥ - تهدف إلى ارتكاب جرائم خطيرة. ٦ - تعمل على المستوى الدولى. ٧ - تستخدم العنف أو غير ذلك من الوسائل الملائمة للترويع. ٨ - تستخدم هياكل تجارية أو هياكل قطاع الأعمال. ٩ - تعمل فى غسيل الأموال. ١٠ - تستخدم تأثيرها فى السياسة والإعلام والإدارة العامة، والهيئات القضائية والاقتصادية. ١١ - تتقرر من أجل الحصول على المال أو السلطة.

ويشترط توافر الخصائص رقم ١ و٥ و١١ فى أية جريمة أو عصابة إجرامية ينطبق عليها وصف الجريمة المنظمة. (E.U. Doc.12247/1/94 Rev.1)

والعقاب فى إطار التعاون الدولى[1]. وقد تتطلب هذه المواجهة تجريم مجرد الانضمام للجماعة المنظمة ولو لم ينتج أثرًا.

ولا شك أن المحكمة الدستورية العليا يقع عليها عبء مراقبة مشروعية الضرورة والتناسب فى التضحيات التى تتحملها القيم التى يقوم عليها النظام الدستورى. فإذا أقدم المشرع على إحداث عدم تناسب ظاهر لا يتفق مع الأهداف والمقاصد التى استهدفها الدستور من وراء حماية الحقوق والحريات وسائر القيم التى ينص عليها، تعرض للقضاء بعدم دستورية القاعدة التى أخلت بضوابط الضرورة والتناسب المطلوب. فالسلطة التقديرية للمشرع فى تحديد الضرورة والتناسب فى التجريم والعقاب ليست مطلقة، وإنما تحدها الغايات التى استهدف الدستور تحقيقها، لأن السلطة التشريعية لا تمارس اختصاصها إلا فى حدود الدستور. فالضرورة والتناسب يكونان معا معيارا دستوريا يتعين الالتزام به. وواقع الأمر، أن الدستور إما أن يعبر عن أحكامه بقواعد محددة تتقيد بها إرادة المشرع، وإما أن يلجأ إلى وضع مبادئ تحدد الغايات التى يجب تحقيقها من وراء نصوصه، وتستنبط هذه الغايات من مجمل نصوص الدستور. ومن واجب المحكمة الدستورية العليا أن تبلور المضمون القاعدى لهذه المبادئ التى تحدد مقاصد المشرع الدستورى، وتراقب المشرع العادى فى ضوء احترامه لهذا المضمون. وبالتالى تكون رقابة المحكمة الدستورية العليا للمشرع فى تقديره للتناسب هى رقابة مشروعية دستورية وليست محض تدخل فى سلطته التقديرية[2]؛ وذلك باعتبار أن مقاصد الدستور وغاياته وإن تجلت فى ثنايا الدستور كمبادئ عامة، إلا أن المحكمة الدستورية بحكم رسالتها تضفى عليها مضمونا قاعديا يأخذ وضعه الأسمى فى هرم القواعد القانونية المتدرج، فيتقيد المشرع العادى به فيما يضعه من قواعد. **إلا أن الإخلال يجب أن يكون واضحا ظاهرا جليا يكشف بقوة هذا الوضوح عن انتفاء الضرورة أو عدم التناسب فى التجريم والعقاب بل وينطق به دون أن يحتاج الأمر إلى مراجعة فى السلطة التقديرية للمشرع والتى تقوم على اعتبارات الملاءمة فى اختيار**

---

(1) انظر أعمال المؤتمر الدولى السادس عشر لقانون العقوبات الذى عقدته الجمعية الدولية لقانون العقوبات المنعقد فى بودابست فى الفترة ما بين ٥ ـ ٩ سبتمبر ١٩٩٩.

(2) انظر فى الموضوع: Alessandro Pizzorusso; Le controle de la Cour constitutionnelle sur l'usage par le législateur de son pouvoir d'appréciation discretionnaire; Annuaire International de Justice constitutionnelle, Paris, Economica, 1986, pp. 35-54.

وقد قضت محكمة التحكيم البلجيكية بأنه لا يجوز فى سبيل حماية المصلحة العامة التضحية بالمبادئ الأساسية للنظام القانونى البلجيكى. القرار رقم ٩٠ ـ ١٨ فى ٢٣ مايو سنة ١٩٩٠.

أفضل الوسائل لتحقيق المقاصد التى توخاها المشرع الدستورى. فالسلطة التقديرية هى فى اختيار أفضل الوسائل لتحقيق الضرورة والتناسب من بين مجموعة وسائل تحقق هذه الغاية، وهى لا تخضع فى ذاتها للرقابة. أما إذا كانت الوسيلة المختارة تتعارض مع الضرورة والتناسب، فإنها تقع فى حمأة عدم الدستورية، بشرط أن يكون هذا التعارض واضحا وظاهرا. ويعتبر الإخلال بالتناسب ظاهرا إذا كان من شأنه أن تفقد الحقوق والحريات جوهرها ومحتواها لدى المشرع، ففى هذه الحالة يبدو جليا مدى الإخلال بالمقاصد التى استهدفها الدستور. وفى هذا المعنى، نص الدستور الأسبانى فى المادة ١/٥٣ على التزام المشرع باحترام المضمون اللازم "Contenu essentiel" للحقوق والحريات. وقد عبر المجلس الدستورى الفرنسى عن الفكرة ذاتها رغم خلو الدستور الفرنسى منها، فى إرسائه للمبادئ الأساسية التى تعتمد عليها حماية الحرية الشخصية، وفى اعتبار أن المساس الجسيم "Atteinte excessive" للحقوق «الأساسية» يعتبر تجاوزا من المشرع لسلطته التقديرية، وخروجا على حدود النظام الدستورى التى لا يجوز له أن يتخطاها(١).

وقد قضت المحكمة الدستورية الأسبانية بأن القيود المفروضة على ممارسة الحقوق الأساسية يجب تفسيرها وتطبيقها على نحو ضيق، ولا يجوز التوسع فى ذلك عما هو ضرورى للمحافظة على المصالح والحقوق الدستورية المحمية(٢). كما قضت بأن جسامة الجزاء المنصوص عليه فى المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات الأسبانى يؤدى بسبب عدم تناسبه مع أهداف هذا النص أو مع كرامة السلوك الإنسانى إلى مخالفة للحق فى الحرية(٣)، فهو جزاء يؤدى إلى تضحية غير مفيدة وجسيمة للحرية.

---

(١) انظر: Décision No. 75-77 Dc du12.1.1977.

Décision No. 93-325 Dc des 12 et13.8.1993.

Pierre cambot; La protection constitutionnelle de la liberté de la individuelle en France et en Espagne, Paris, Economica, 1998, p.109.

(٢) المحكمة الدستورية الأسبانية (الدائرة الثانية) فى ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٩٧، القضية رقم ١٥١ لسنة ١٩٩٧ الجريدة الرسمية العددة (٢٦٠) فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٩٧.

Bulletin de jurisprudence constitutionelle, conseil de l'Europe, 1997, p.391.

(٣) المحكمة الدستورية الأسبانية فى ٢ أكتوبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٦١ لسنة ١٩٩٧، الجريدة الرسمية العدد (٢٦٠) فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٩٧ Bulletin, op. cit., p.395.

وقضت المحكمة الدستورية المجرية بأن الضرورة نحو جعل كل السلوك جريمة معاقبا عليها يجب أن تخضع لبحث دقيق ومتعمق، فلا يجوز لقانون العقوبات أن يقيد حقوق الإنسان وحرياته إلا إذا تطلبت ذلك ضرورة مطلقة وبالتناسب مع الجريمة(١).

ومن منطلق اشتراط التناسب فى العقاب جاءت علة عدم دستورية العقوبات القاسية. وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا فى مصر بأنه لا يجوز أن يكون الجزاء الجنائى بغيضا أو عاتيا، وهو يكون كذلك إذا كان بربريا أو تعذيبيا أو قمعيا، أو متصلا بأفعال لا يجوز تجريمها، وكذلك إذا كان مجافيا ـ بصورة ظاهرة ـ للحدود التى يكون معها متناسبا مع الأفعال التى أثمها المشرع، بما يصدم الوعى أو التقدير الخلقى لأوساط الناس فى شأن ما ينبغى أن يكون حقا وعدلا على ضوء مختلف الظروف ذات الصلة، ليتمحض الجزاء عندئذ عن إهدار للمعايير التى التزمتها الأمم المتحضرة فى معاملتها للإنسان(٢). وربطت المحكمة الدستورية العليا بين الضرورة والتناسب، فقالت لا يجوز أن يؤثم المشرع أفعالا فى غير ضرورة اجتماعية ولا أن يقرر عقوباتها بما يجاوز قدر هذه الضرورة(٣).

وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بعدم دستورية نص الفقرة ٤ من المادة ٥ من قانون نقابات المهن التمثيلية والسينمائية والموسيقية، وكذا المادة ٥ مكررا من هذا القانون، على أساس أن المادة ٥ مكررا سالفة الذكر عاقبت غير أعضاء نقابة المهن التمثيلية والسينمائية الذين يقحمون أنفسهم على نشاطها دون تصريح

---

(١) المحكمة الدستورية المجرية فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٩٩٧.
Bulletin, op. cit., p.414.

(٢) دستورية عليا فى ٣ فبراير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٩٧ مكررا، فى ١٧ فبراير سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢٢ ص ٣٩٣، ٤ يناير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٦ يناير سنة ١٩٩٧ (العدد ٣)، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ (العدد ٢٩)، ١ سبتمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٩٧ (العدد ٣٧).

(٣) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٣ فى ١٦ يناير سنة ١٩٩٧.

بعقوبـة الحبس والغرامة أو إحـداهما دون قيد يتعلق بـالحد الأقصى لأيهما ، فإنها تكون عبثا بـاهظا على أعمال الإبداع لتجاوز قسـوتها ما يفترض أصلا من تشجيعهـا وإنمائها والحض عليها بكل الوسائل ، عملا بنص المادة ٤٩ من الدستور، مما يعتبر تجاوزا لقدر الضرورة الاجتماعية التى لا يجوز أن يكون بنيان التجريم منفصلا عن متطلباتها[١]. وقد التـزمت المحكمة الـدستوريـة العليا بضـابط الضرورة فى كل من التجريم والعقـاب ، فقضت بأن شرعية الجزاء ــ جنائيـا أو مدنيا أو تأديبيـا ـ مناطهـا أن يكون متنـاسبا مع الأفعـال التى أثمها المشرع ، أو خطـرها أو قيـد مباشرتها ، وأن الأصل فى العقـوبة هـو معقوليتها ، فلا يكون التدخل بها إلا بقدر لزومها ، بما مؤداه أن الجزاء لا يكون مبررا إلا إذا كـان مفيدا من وجهـة اجتماعيـة ، فإن كـان مجاوزا تلك الحدود التى لا يكون معهـا «ضروريا» ، غدا مخالفا للدستور[٢].

وقد أكـدت المحكمة الدستوريـة العليا أنه كلما كـانت فكرة الجزاء ـ جنائيـا كان أم تأديبيا أو مدنيـا ـ تعنى مجاوزة الحدود التى يجوز التسامح فيهـا ، وكلما كان الجزاء مقررا لضرورة ، ومتناسبا مع الأفعال التى أثمها المشرع أو منعها ، متصاعدا مع خطورتها كان موافقا للدستور[٣].

ويؤكد ما تقدم ، أن التوازن بين الحقوق والحريـات ، وسائر القيم الدستورية المتمثلة فى حقوق وحريـات الغير أو فى المصلحة العامة ؛ يجب أن يتـم وفقا للضرورة الاجتماعية والتناسـب . وكلاهما من واد واحـد ؛ فالضرورة لابـد أن تكون بقدرهـا . ومن هنـا جاء التناسب[٤]، ولا تناسب إلا بالقدر الضرورى . وهكذا فإن ضابط الضرورة والتناسب ، يحكم مبدأ أو نطـاق تدخل المشرع لتقييد الحقـوق والحريات التى تعتبر أصلا عـاما لا يجوز المساس به بغير ضرورة وتناسب .

---

(١) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٧ المشار إليه فى الهامش السابق .

(٢) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٧ القضية رقم ٢ لسنـة ١٥ قضائية ، الجريدة الرسمية فى ١٦ يناير سنة ١٩٩٧ العدد ٣ .

(٣) دستورية عليا فى ٦ يونية سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» .

(٤) انظر :

La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Paris, P.U.F.,1989.

Delmas Marty, La jurisprudence du conseil constutitionnel et les droits fondamentaux, droit pénal, p.163.

وقد ذهبت المحكمة العليا الأمريكية إلى مراقبة هذا التناسب فى العقوبات بالنسبة إلى عقوبة الإعدام فى ضوء ما نص عليه التعديل الدستورى الثامن من عدم جواز خضوع أحد لعقوبة قاسية . وأصدرت أحكاما مختلفة حسب كل حالة على حدة، ولكن مجموع هذه الأحكام التزام بفكرة «الطابع المعقول للعقوبة»(١).

وقد عنى الإعلان الفرنسى لحقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ بالنص فى مادتيه الخامسة والسادسة على أن تكون الجريمة والعقوبة ضرورية "nécessaire". وتطبيقا لذلك، قضى المجلس الدستورى فى فرنسا بعدم دستورية نص المادة ٤٢١/١ من قانون العقوبات التى اعتبرت من أعمال الإرهاب مجرد مساعدة أجنبى على دخول البلاد أو التنقل أو الإقامة بها على وجه غير مشروع؛ وذلك على أساس أن المشرع جرم هذا السلوك بذاته بناء على هذا الوصف، رغم أنه قد لا تكون له علاقة مباشرة مع العمل الإرهابى الذى قارفه هذا الأجنبى، دون إخلال بإمكان اعتبار هذا الفعل اشتراكا فى أعمال الإرهاب، أو إخفاء للمتهم بالإرهاب أو اشتراكا فى جمعية إرهابية إذا توافرت الشروط التى يتطلبها القانون لقيام هذه الجريمة . وقد أسس المجلس الدستورى قضاءه على عدم توافر شرط الضرورة فى التجريم والعقاب فى هذه الحالة(٢)، وانتهى المجلس إلى أن المشرع قد مارس تقديره دون تناسب ظاهر "Disproportion manifeste". وذهب المجلس الدستورى فى حالة أخرى إلى أنه لا يجوز للمشرع أن يضع عقوبات غير ضرورية(٣). وعلق الفقه الفرنسى على ذلك بأنه قبل التحقق من ضرورة العقوبة يجب التحقق من ضرورة الجريمة . وأنه فى المثال السابق تتوافر الضرورة عندما يكون فعل مساعدة الأجنبى على دخول البلاد أو التنقل أو الإقامة بها على وجه غير مشروع قد تم عمدا لمساعدة مشروع فردى أو جماعى يهدف إلى إحداث ضرر جسيم بالنظام العام بواسطة الترويع أو التخويف(٤). واستقر المجلس الدستورى فى فرنسا إلى

---

(١) 96-377 Dc du 16 Juillet1996, Recueil, p.671.

(٢) 20 Janvier 1993, Rec. p.14.

(٣) انظر ما تقدم بند ٢٦ مكرر، وانظر:
Thampson V. Oklahoma 108 S.G. 2687 (1988); Stanford V. Kentucky S. Ct. Req, no. 57 - 5765 (1989).

(٤) Chronique, France Annuaire, International de la justice constitutionnelle, 1996, p.692.

عدم دستورية الجزاء الذى يبدو ظاهرا "Disproportion manifeste" عدم تناسبه مع الوقائع التى تؤدى إليه(١).

وقد أطلق المجلس الدستورى الفرنسى(٢) عدة عبارات مختلفة فى مجال رقابته على عدم التناسب؛ منها القول بعدم التناسب المبالغ فيه "Disproportionnés de manière excessive" أو التفاوت الواضح "Disparité manifeste" أو الخطأ الواضح فى التقدير "Erreur manifeste" أو عدم التناسب الذى لا يوجد ما يبرره بطريقة واضحة "Manifestement injustiable". وذهب المجلس الدستورى إلى أنه عند عدم وجود تناسب ظاهر بين الجريمة والعقوبة المترتبة عليها، فليس للمجلس الدستورى أن يحل تقديره الشخصى محل تقدير المشرع فيما يتعلق بضرورة العقوبات المترتبة على الجرائم(٣). وذهب المجلس الدستورى إلى عدم دستورية الغرامة الضريبية بسبب إخفاء دخل الممول عندما تنطوى على عدم تناسب ظاهر، وذلك إذا كان مبلغ الغرامة متساويا مع الدخل المخفى، وذلك باعتبار أن هذا الجزاء فى كثير من الأحوال يكشف عن عدم تناسب ظاهر مع الفعل الذى أتاه المتهم(٤).

١٩٢ ـ المفهوم التقليدى للضرورة الاجتماعية والتناسب

يعكس تاريخ قانون العقوبات تطور مفهوم الضرورة والتناسب فى التجريم. فبعد أن اندحرت أفكار الانتقام التى كانت تحكم المجتمعات البدائية لكى تجعل من بواعث الانتقام صيغة للضرورة التى تعطى للمنتقم الحق فى التجريم والعقاب معا، وسادت

---

(١) انظر: Chronique, France, Annuaire, op. cit., 1993, p.511.
Louis Favoreu, la constitutionnalisation du droit pénal, et de la procédure pénale, droit pénal contemporain, Mélanges Vitu, Edition cujas, 1989, p.188.

(٢) انظر:
Ferdinand Mélin - Soucramanien; Le principe d'Egalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, Paris, Economica, 1997, p.197.

(٣) 80 -127 Dc d es 19 et 20 Janvier 1981 (Rec, p.15; Grandes decisions, 4éme éd. p.477).

(٤) 87-237 Dc du 30 Décembre 1987 (Rec. p.63).
وانظر ملاحظات: B. Genevois, La jurisprudence du conseil constutitionnel en 1987 (Annuaire, op. cit., 1987, p.596).

مبادئ سيادة القانون، أصبح من الواجب صياغة مفهوم الضرورة الملجئة للتجريم على نحو يتفق مع هذه المبادئ.

وقد انعكست هذه المبادئ فى السياسة الجنائية التقليدية والتى بدأت بلورتها منذ ظهر كتاب (روح القوانين) سنة ١٧٤٨ لمونتسكيو، وتبعتها مؤلفات روسو (فى فرنسا)، وبيكاريا (فى إيطاليا)، وبنتام (فى إنجلترا)، وفويرباخ (فى ألمانيا). وكان الفضل فى التعبير عن التجريم القائم على سيادة القانون لبيكاريا فى مؤلفه عن الجرائم والعقوبات سنة ١٧٦٤. فقد استهدف تعديل العلاقة بين الدولة والفرد، وذلك بإخضاع سلطتها فى العقوبات لمجموعة من الضمانات، فى مقدمتها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، واستخدام العقوبة بالقدر الضرورى لتحقيق الأهداف التربوية لقانون العقوبات. فالتجريم بادئ الأمر - وفقا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات - يجب أن يكون فى الحدود التى تعبر عنها الإرادة العامة للشعب (من خلال القانون). وتعكس هذه الحدود الإحساس بالانتماء الاجتماعى الذى بدونه يستحيل أن يكون الفرد مواطنا صالحا أو مخلصا. على أنه لا يكفى وضع قانون العقوبات محصورا فى إطار الشرعية، بل يجب على المشرع ألا يتعسف فى استخدام سلطته فى التجريم إلى ما وراء الأهداف التى حددها له العقد الاجتماعى. فالحق فى العقاب يتمثل فى حق الدفاع الذى خوله كل فرد إلى الدولة لتمارسه نيابة عنه، مما يترتب عليه أنه لا يجب أن يكون العقاب إلا بالقدر المتناسب الذى يجعله مفيدا فى الدفاع عن المجتمع[1]. فالهدف من وراء العقاب ليس هو تحقيق الانتقام، ولا إرضاء الإحساس بالعدالة المطلقة، ولا تكفير المذنب، وإنما يتمثل فى الحيلولة دون وقوع جرائم جديدة فى المستقبل. وقيل فى هذا الشأن إن كل عمل من أعمال السلطة يمارسه إنسان ضد آخر يعتبر نوعا من التحكم إذا لم يكن ضروريا على وجه الإطلاق[2]. وفى ضوء ذلك، دعا بيكاريا المشرعين إلى إلغاء كل ما هو غير ضرورى فى المجموعة العقابية، والذى يتمثل فى أنواع التعذيب والعقوبات البالغة القسوة. وقال بأن منع الجريمة فى المستقبل لا يكون بشدة العقاب، وإنما يكون بالعقاب اليقينى. وذهب بيكاريا إلى أن العقوبات يجب أن تكون نافعة وهى لا تكون

(١) انظر: Merle et Vitu, Traité de droit criminel, T.1, No.58-61, pp. 108-112.

(٢) انظر: Merle et Vitu, Traité de droit criminel, T. 1, No. 58 - 61, pp. 108 - 112.
طبعة فرنسية جديدة مع مقدمة للأستاذين: مارك آنسل وستيفانى.

كذلك إلا إذا كـانت متناسبة من حيث التكيف مع مبلغ الضرر الـذى أصاب المجتمع من جراء الجريمة. وأكد بيكاريا اعتناقه للمعيار المادى للتناسب فى العقوبة فى قوله بأن المعيار الحقيقى للجرائم هو فى الضرر الذى أحدثوه بالأمة لا بقصد الجانى[1].

وواضح مما تقدم أن الضرورة والتنـاسب فى التجريم والعقاب تقوم فى نظـر السياسة الجنائية التقليديـة على اعتبارات الشرعية القائمة على سيادة القـانون، واعتبارات المادية بـالنظـر إلى الضرر الذى أحـدثـه الفعل الإجـرامى بـالمجتمع، دون النظـر إلى شخص المجرم.

وجاءت السيـاسة الجنـائية التقليـدية الجديـدة، فنظرت إلى شخص المجـرم لا من حيث مدى استعـداده للعودة إلى الإجرام، وإنما بـالنظر إلى عـوامل شخصية تتمثل فى سنه وسوابقـه، وتعليمه، وذكائه، وتكوينه العقلى، وميولـه؛ تأسيسا على أنه ليس من العدالـة معاقبة المجـرمين بقدر واحد مـن العقاب رغم اختلاف ظـروفهم الشخصية. وبناء على ذلك، عـرفت هذه السياسة الجنـائية الظروف المخففة والمشـددة للعقاب فى ضوء الظروف الشخصية للجـانى والتى تقوم على أساسها ما يسمى بـالمسئولية الأدبية. وفى ضوء ذلك، تغير معيار تناسب العقوبة فلـم يعد قائما على فائدة العقوبة، بل على توازنها مع الضرر الذى أحدثته، وإنما أصبح قائما على معيار العدالة، فلا يجوز للعقوبة فى ظل هذه السياسة الجنائية أن تزيد على ما هو عادل.

ويمكن القول بأن قـانون العقوبـات وفقا للسيـاسة الجنائيـة التقليدية، والتقليـدية الجديدة، يتميز بـالقانونية ـ لا بمعنى الشرعيـة، أى بمعنى قيامه على مفاهيم قـانونية مجردة بعيـدة عن المفاهيم العلميـة المتصلـة بعوامل الجريمـة وانعكـاسها على أهـداف العقوبـات والتى تؤثر فى تحديـد معنى الضرورة والتناسب. فلقـد ركزت هذه السيـاسة الجنـائيـة على حماية الحريـة الفـرديـة للمجـرم فى مـواجهة تعسـف العقاب وقسـوتـه، فأصبحت الجريمـة مجرد كيان قـانـونى مجرد يعتمـد على رؤية المشرع فى التجـريم والتى يتقيد بها القاضـى وفقا للمعايير التى يحددها القـانون. وإذا كانت السياسـة التقليدية الجديـدة قد أضـافت معيـار العـدالة إلى معيـار النفعيـة فى تناسـب العقوبـة، إلا أنها اقتصرت على المفاهيم القانونية المجردة.

---

(١) Beccaria, op. cit., p.36.

ولاشك فى أهمية هذه السياسة الجنائية فى ضمان الحقوق والحريات للمواطنين ضد التحكم فى العقاب . إلا أن هذه السياسة يعيبها أنها نظرت إلى العقوبة بوضعها مقابل الضرر الذى أحدثه المجرم بالمجتمع ، فأصبحت العدالة فى نظرها متحققة يوم أن يسدد المجرم دينه نحو المجتمع بتحمل العقاب المفروض عليه . وأصبحت مهمة القاضى هى فى توقيع العقوبة التى يستحقها المجرم وفقا لمعايير القانون لا فى توقيع العقوبة التى تصلح المجرم . فإذا كان الهدف من قانون العقوبات هو الحيلولة دون العودة إلى الجريمة ، فإن العقوبة بمعاييرها التقليدية (القائمة على النفعية والعدالة) لا تفى بهذا الغرض ، وأصبح من الواجب أن تنتقل مهمة إصلاح المجرم من يد القاضى حين يحكم بالعقوبة إلى يد الإدارة العقابية حين تنفذ وفقا للأوضاع التى تتفق مع عوامل الإجرام[١].

١٩٣ ـ المفهوم الوضعى للضرورة والتناسب

ساد المفهوم التقليدى للضرورة والتناسب فى التجريم والعقاب فكر التشريعات العقابية فى القرن التاسع عشر، إلى أن ظهرت أفكار المدرسة الوضعية فى علم الإجرام على يد لومبروز صاحب مؤلف (الإنسان المجرم) سنة ١٨٧٦ ، ثم تبعه فيرى صاحب كتاب (الاجتماع الجنائى) سنة ١٨٨١ ، ثم تلاه جاروفالو صاحب كتاب (علم الإجرام) سنة ١٨٨٥ . وارتكزت أفكار المدرسة الوضعية على محورين ؛ أولهما من الناحية الأدبية : أن المجرم ليس حرا فى ارتكاب أفعاله . وثانيهما : من الناحية الاجتماعية ، أن المجرم تتوافر لديه خطورة تتطلب أن يكون رد فعل الدولة تجاهها واسعا لمواجهتها . وعلى ضوء أفكار هذه المدرسة أقيمت سياسة جنائية تعلى شأن حماية الجماعة فوق جميع الاعتبارات ، ومنها أفكار المسئولية الشخصية ، والتزام المشرع بفرض التدابير المانعة للجريمة قبل وقوعها . وقد وصف فيرى هذه التدابير بأنها بدائل عقابية "Substitut pénaux" من شأنها أن تلغى أسباب الجريمة فتوفر على المجتمع ارتكابها وما يتبعها من دعوى وجزاء جنائيين . وهكذا ارتكز منطق المدرسة الوضعية على التدخل قبل تفاقم الحالة الخطرة ولكى تصل إلى وقوع الجريمة . وقد تلقفت التشريعات فى بعض الدول

---

(١) Merle et Vitu, T.1, No.70, p.120.

الشمولية هذا المنطق الذى يتناقض مع احترام الحريـة الشخصية بل والكرامة الإنسانية لكى تجعله أساسا ترتكز عليه فى الإسراف فى التجريم والعقاب .

وبالإضـافة إلى التـدابير المانعة ، عـرفت السياسة الجنـائية الـوضعية نظـام التدابير الاحترازيـة "mesures de sureté" التى تـوقع على المجـرمين ـ والتى تتميـــز عن العقوبـات ـ من أنها لا تتطلب تـوافر المسئوليـة الشخصية لـدى من توقع عليهم ، ولا يشترط فيهـا مـدة معينة ، إذ يمكن فـرضهـا حتى تـزول الحالـة الخطرة لـدى المجـرم ، بالإضافة إلى تميزها فى شروط تطبيقها عما هو عليه الحال بالنسبة إلى العقوبات[1] .

وقد تأثـرت تشريعات القـرن العشرين بالسياسـة الجنائية الـوضعية ، فعـرفت نظام التدابير الاحترازية بجانب نظام العقوبـات ، لكى تأخذ التدابير وضعها لمواجهة الحالة الخطرة لدى المجرم . وكان للمدرسة الوضعية الفضل فى توجيه نظر المشرع الجنائى نحو شخص المجرم بعد أن كان نظرها منحصرا وفقـا للمدرسة التقليدية فى الفعل الإجرامى بطريقة مـادية ومجردة . وكان لها الفضل أيضا فى استرعاء الانتباه نحـو أسباب الإجرام ، وضرورة مواجهتها بفرض تدابير لمواجهة الحالـة الخطرة أى الخطورة الإجرامية . وقد اتجه عدد مـن التشريعات تحت تأثير سيـادة القانـون إلى إضفاء وصف الجريمـة على الحالة الخطـرة لـدى الشخص ، أى خطـورته الإجراميـة التى تتمثل فى استعـداده لارتكـاب الجريمة مستقبلا . وهى حالة نفسية تعتمد على مؤشرات وعوامل فى شخصه وماضيه . ولكنها لا تعتمـد على فعل معين قارفه الجانى . وفى ضـوء ذلك ، صدر المرسوم بقـانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهـم لكى يعتبر حالتى التشرد والاشتباه جريمة فى القانون ، على أساس أن كل منهما ينبئ عن احتمال ارتكاب صاحبها الجريمة مستقبلا .

وواضح مما تقدم أن فكر السيـاسة الجنائية الوضعية المتأثرة بـالمدرسة الوضعية لم يعبأ بحماية الحقـوق والحريات ، لأنها تعطى مصلحة الجماعـة كل الأولوية ، فلم يعـد الأمر توازنا بين مصلحة الجماعة وحماية الحقوق والحريات ، وإنما أعطيت مصلحة الجماعة كل الأولوية . وتجلى ذلـك فى إنكار المسئولية الشخصيـة القائمة على الإرادة الحرة ، والسماح بـالتدابير الاحترازيـة المانعة قبل وقـوع الجريمة ، وفـرض تدابير احترازيـة تحت مسمى

---

(١) Merle et Vitu, T.1, op. cit., No.71-79 pp.121-128.
انظر مؤلفنا (أصول السياسة الجنائية) طبعة ١٩٧١ .

العقـوبات لمواجهـة الخطـورة الإجـرامية دون اشتراط فعل معين، مع إسبـاغ الـوصف القانـونى للجريمـة على الحالة الخطـرة انصياعـا لأحكام الشرعيـة من حيث الشكل.
وواضح مما تقدم، أن الضرورة التى أملت على المشرع الجنـائى تحت تأثير أفكار المدرسة الوضعية، إسباغ وصف التجريم على الحالة الخطرة، انبعث من تقدير مصلحة الجماعة تأثرا بأفكار علم الإجـرام التى ذهبت إلى أن أسباب الإجرام عندما تتـوافر لدى شخص معين على نحو يجعلـه خطرا على المجتمع حتى تـزول هذه الأسبـاب. وقد انطـوى هذا الموقف على إخلال خطير بالتوازن بين الحقوق والحريات فى موضعين :

(الأول): مسـاءلة الشخص عـن حالتـه النفسيـة دون اشتراط أفعال محددة يقينيـة تكشف إثمـه الجنـائى، وذلك بـاعتبار أن الإرادة الحرة ليسـت شرطا فى فكـر المدرسـة الوضعية، ولأن حماية مصلحة الجماعة هى الأعلى.

(الثانى): عـدم التنـاسب الظـاهر بين تـدخل المشرع، وبين مـا هـو منسـوب إلى الشخص، مما أدى إلى تعرض الأفراد للتدابير المقيدة للحرية تحت أوصاف العقوبات، دون أن يتناسب فعل معين.

وهكذا بينما أغـرقت المدرسة التقليدية فى حمايـة الفرد، أغرقت المدرسة الـوضعية فى حماية المجتمع على حساب الفرد.

١٩٤ـ مفهوم الضرورة والتناسب فى السياسة الجنائية للدفاع الاجتماعى

يتضح من عرض كل من السياسة الجنائية التقليدية (والتقليدية الجديدة) والسياسة الجنائيـة الوضعيـة أن مفهوم الضرورة فى السياسـة الجنائيـة الأولى يرتكـز على التعريف المجرد لماديـات الجريمة دون مـراعاة لشخصيـة صاحبهـا، وأن التناسب بين العقـوبة والجريمة يتصف بالتجريد والمساواة الجامدة بقصد تحقيق الردع العام. وإن كانت هذه السياسة قد استهدفت حماية الإرادة الحرة للفرد وتأكيد المساواة بين مرتكبى الجريمة، إلا أن الإفـراط فى المساواة أدى إلى عـدم التناسب بين العقـوبـة والجريمة بسبب اختـلاف الظروف الشخصية للمجرمين. وقـد حاولت السياسة الجنائية التقليـدية الجديدة تلافى هذا العيب، فنـادت بمراعاة هذه الظـروف عند فرض العقوبـة، إلا أنها اتخذت حرية الاختيار ضابطا لتحديد هذه الظروف، وهو ما أثبتت نتائج علم الإجرام عدم صحته؛

باعتبار أنه من غير المنطقى تخفيف العقوبة على من تضعف إرادته، بينما قد يؤدى هذا الضعف إلى اعتياده على الإجرام[1]. ولم يصلح علاجا لهذا العيب إلا الدعوة إلى التفريد التنفيذى للعقوبة، لأنه لا جدوى لهذا التفريد إذا لم يكن القضاء بها قائما على تفريد قضائى سليم.

وهكذا رأينا كيف أن السياسة الجنائية التقليدية (والتقليدية الجديدة) لم تقدم نموذجا صالحا لقيام الضرورة والتناسب على اعتبارات سليمة لإحداث توازن بين الحقوق والحريات وبين المصلحة العامة والتى تتمثل فى تحقيق أهداف العقوبة. وجاءت السياسة الجنائية الوضعية لكى تضع مركز الثقل فى شخص المجرم أى خطورته بدلا من ماديات الجريمة، فأصبح التناسب المطروح بين رد الفعل والخطورة الإجرامية بقصد تحقيق هدف معين هو إصلاح المجرم مما لديه من أسباب الإجرام أو التخلص منه إذا لم يجد فيه هذا الإصلاح. وهكذا نجد أن قطبى التناسب بين الحقوق والحريات المعرضة للمساس لمواجهة الخطورة الإجرامية قد تمثل فى المقارنة بين ما تتعرض له هذه الحقوق والحريات من مساس بواسطة التدابير الاحترازية أو العقوبات وبين هذه الخطورة بقصد تحقيق أهداف هذه التدابير وهى الإصلاح أو درء شر المجرم. وأيا كان الهدف المبتغى من وراء التدابير إلا أن الواضح أنها كانت تتخذ ضد حالة نفسية لدى الشخص لا ضد فعل من أفعاله ارتكبه يقينا، الأمر الذى يعرضه للخطر.

وأيا كانت الانتقادات التى وجهت إلى هاتين السياستين الجنائيتين من الناحية العلمية من زاويتى علم الإجرام وعلم العقاب، إلا أن بحثنا يرتكز على زاوية أخرى تتعلق بالتوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة، لتحديد مدى قيام هذا التوازن على معايير سليمة للضرورة والتناسب.

وتحت تأثير الانتقادات سالفة الذكر والتى تدخل فى ميدان الحقوق والحريات، ظهر الاتحاد الدولى لقانون العقوبات (والذى أسس عام ١٨٨٠ وعقد عدة مؤتمرات دولية[2]) على أيدى البلجيكى برنس Prins والألمانى ليست Lizt، والهولندى هامل Hamel.

---

(١) انظر الدكتور محمود نجيب حسنى، علم العقاب، طبعة ١٩٧٣ ص ٦٩.

(٢) وقد حلت محله الجمعية الدولة لقانون العقوبات سنة ١٩٢٤.

وانظر: Merle et Vitu, T.1, op. cit., No.80,81, pp.128-130.

وانظر: Saleilles, L'individualisation de la peine, Paris, 1927, p.115 et S.

وقد اعترف هذا الاتحاد بنظام العقوبة لتحقيق الردع العام مع الاعتماد على التفريد التنفيذى للعقوبة بقصد إصلاح المجرم أو استبعاده. واعترف الاتحاد أيضا بالتدابير الاحترازية فى الأحوال التى تعجز العقوبة عن مواجهتها. ولعل أهم ما يميز فكر هذا الاتحاد فى ميدان التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة هو إحاطة التدابير الاحترازية بالضمانات واشتراط أن يكون فرضها بحكم قضائى وبناء على قانون.

وتحت تأثير أفكار علم الإجرام وسائر العلوم الإنسانية، تبلورت حركة الدفاع الاجتماعى على يد إيطالى جنائى هو فيليب جراماتيكا مؤسس مركز دراسات الدفاع الاجتماعى فى جنوا سنة ١٩٤٥. فقد نادى هذا العالم الجنائى بوجوب حماية المجتمع فى مواجهة المجرمين عن طريق إعادة تأهيلهم اجتماعيا وتحسين أحوالهم مع اعتبار المجتمع مسئولا عن انحراف بعض أفراده. وأيا كان منطق هذه الحركة، فإنها قد خرجت عن الطابع القانونى للنظام الجنائى فلم تر ضرورة للتجريم والعقاب ولم تر محلا لبحث أى تناسب بين المساس بحقوق المجرم أو حرياته وبين رد الفعل المقرر لجريمته، باعتبار أن المطلوب هو إعادة تأهيله اجتماعيا بكافة الوسائل بعيدا عن قانون العقوبات وسائر الضمانات الواجب توفيرها لحماية حقوق وحريات المجرم. ويلاحظ أنه بتحليل الأساس الفلسفى لفكر جراماتيكا يتضح أولا أنه قد وجه بحثه نحو تعليل واجب الدولة فى التأهيل الاجتماعى للفرد بدلا من حق الدولة فى العقاب الذى أنكر وجوده. ولم يخل هذا المنطق عن بعض التفكير السياسى، لأنه لم يقصر نظريته على مجرد حماية المجتمع من أسباب الإجرام كما فعلت السياسة الجنائية الوضعية، بل اهتم اهتماما كبيرا بحماية الإنسان ككائن اجتماعى من خلال تفكيره السياسى. فهذه النظرية لا تقدم أساسا لفكر جنائى، بل هى فى الوقت ذاته مذهب سياسى يحدد العلاقة بين الفرد والدولة. وفى إطار هذه العلاقة تكون الدولة مسئولة عن الانحراف الاجتماعى للفرد مما يوجب عليه تجاه الفرد تأهيله اجتماعيا والارتقاء به نحو الكمال، قائلا بأن حق الدولة فى الدفاع الاجتماعى ينبع من واجبها فى إصلاح أعضاء المجتمع والارتقاء بهم. وتعمل الدولة على أداء هذا الواجب تجاه الفرد الذى يتعين عليه الامتثال لا خضوعا تحت تأثير الإكراه، وإنما تنفيذا لحق الفرد ذاته فى هذا التأهيل. ولا يجوز للفرد أن يتنازل عن هذا الحق أو أن يرفض التمتع به لأن هذا التنازل أو الرفض سوف يصبح عملا موجها ضده ويلحق به الضرر. وإذا كان جراماتيكا قد حاول إقامة نظريته بعيدا عن الفكر القانونى فاستبعد

بذلك فكرة المسئولية الشخصية التى أخذت بها السياسة التقليدية، إلا أنه لم يقصد من وراء هذا الفكر إنكار الإرادة الحرة للفرد الذى يعنى فى ذات الوقت إنكار قيمة سامية من القيم المعنوية الرفيعة التى عرفتها الحياة الإنسانية فى المجتمع. فالانحراف الاجتماعى فى نظره لا يقوم إلا بإرادة الفرد؛ فهى الركن المعنوى لهذا الانحراف، أى أن الفعل الذى يعتبر أمارة على الانحراف الاجتماعى يجب أن يصدر عن إرادة فاعلة، سواء فى صورة القصد أو الخطأ غير العمدى. ولا يشترط بعد ذلك أن تترتب نتيجة معينة على سلوك الشخص، فالمهم هو التأكد من توافر إرادته للسلوك المناهض للمجتمع فى اللحظة التى أتاه فيها[١].

وفى عام ١٩٥٤، ظهرت حركة جديدة للدفاع الاجتماعى على يد المستشار مارك آنسل سجلها فى مؤلفه عن (الدفاع الاجتماعى الجديد) [٢] وقد نجح صاحب هذه الحركة فى الجمع بين الأساس العلمى للمدرسة الوضعية وبين حماية الحقوق والحريات. فبعد أن رفض الأفكار القانونية التجريدية التى قامت عليها المدرسة التقليدية وأخذ بمنطق المدرسة الوضعية فيما يتعلق بضرورة مراعاة شخصية المجرم. نظرا إلى الجريمة بوصفها واقعة إنسانية مرتكبها ليس شيئا آخر غير الإنسان. فنادى بضرورة احترام حقوق الإنسان والاعتداد بإرادته الحرة كأساس للمسئولية الجنائية. وانتقد كافة الأفكار المصطنعة التى قام عليها الإغراق فى(القانونية) مثل استعارة الشريك لإجرام الفاعل، والاعتداء بمجرد العلم لتوافر القصد الجنائى مع تجاهل دور الباعث على ارتكاب الجريمة، ونادى بضرورة احترام مبدأ الشرعية ومبدأ ممارسة القاضى دوره فى الخصومة الجنائية من خلال إجراءات مشروعة، وقال بأنه لا يعارض فكرة القانونية، ولكنه يقف ضد إساءة استعمالها "abus du juridism" عن طريق الاعتماد على التصور القانونى[٣]. ومن خلال اعتداد حركة الدفاع الاجتماعى بالإرادة الحرة للمجرم اعتبرت هذه الإرادة عنصرا فى تقدير شخصيته الإجرامية بالإضافة إلى سائر العناصر الذاتية

---

(١) انظر: Granatica; Principes de défense sociale, Paris 1964, p.30 et S., p.53 etS., p.273.

(٢) انظر: Marc Ancel, La défense sociale nouvelle, Paris, édition 1966.

(٣) انظر: Marc Ancel, op. cit., pp.201,233 et 239.

وقد ذهب مارك آنسل إلى رفض فكر جراماتيكا القائم على إلغاء قانون العقوبات قائلا بأنه خطوة أولى نحو انتحار نظامنا القانونى الذى يقوم أساسا على حماية حقوق الإنسان.

وانظر مؤلفنا فى أصول السياسة الجنائية، طبعة ١٩٧٢، ص ٦٥ وما بعدها.

المستمدة من شخصه (تكوينه الطبيعي واختلاجاته النفسية وحالته الاجتماعية)، ونادت بإدماج العقوبات مع التدابير الاحترازية لكى تخضع جميعها لمبدأ الشرعية، ورفضت الأخذ بالتدابير المانعة التى تفرض قبل وقوع الجريمة ما لم تتوافر الضمانات اللازمة لحماية حريته الشخصية، مؤكدة أن المشكلة هى فى التوفيق بين مبدأ الشرعية وهذه التدابير المانعة، الأمر الذى يتطلب عدم جواز فرض هذه التدابير إلا وفقا لضمانات كافية وفقا للقانون.

وهكذا يتضح أن الفكر السياسى للدفاع الاجتماعى الجديد يقوم على حماية حقوق الإنسان قولا من صاحب حركته أن الدفاع الاجتماعى ليس إلا تعبيرا جديدا لحقوق هذا الإنسان فى مواجهة المجتمع، وعنى بمعارضة الفكر السياسى للمدرسة الوضعية فنادى بوجوب حماية الإنسان الفرد أولا، باعتبار أن الدفاع الاجتماعى لا يتحقق فى نظره إلا عن طريق خليته الأولى وهو الإنسان[1].

إلا أنه بوفاة مؤسس حركة الدفاع الاجتماعى الجديد مارك آنسل سنة ١٩٩٠ بدأت الغيوم تحلق على سماء هذه الحركة. فقد انتهت بوفاته المؤتمرات والاجتماعات والندوات الدولية والمقالات التى كانت تمتلئ بها مجلة العلم الجنائى والقانون المقارن فى فرنسا وسائر المجلات الجنائية فى العالم. لقد توقفت الحركة، وعلى حد قول ميرل وفيتى أستاذى القانون الجنائى فى فرنسا يكفى الاطلاع على قانون العقوبات الفرنسى الجديد الصادر فى ٢٢ يولية سنة ١٩٩٤ حتى نتبين أن هذه الحركة فى طريق الزوال، مهما كانت آثارها التاريخية التى لا ينازع فيها أحد فى بعض المجالات[2]. ولقد انعكس هذا القول فى أنه على الرغم من أن قانون العقوبات الملغى صدر سنة ١٨١٠ وظل مطبقا لمدة تزيد على مائة وثمانين عاما رغم التطور الكبير الذى لحق المدارس الجنائية وعلى وجه الخصوص المدرسة الوضعية وحركة الدفاع الاجتماعى، فقد عبر وزير العدل الفرنسى عن القانون الجديد أمام اللجنة التشريعية للجمعية الوطنية قائلا بأن مشروع القانون يهدف إلى جعل هذا التقنين مسايرا لتطور المجتمع، وليس وضع أسس جديدة لقانون عقوبات جديد، وإنما تطوير معطيات قانون العقوبات الحالى[3].

---

(١) Marc Ancel, op. cit., pp.300-323.

(٢) Merle et Vitu, T.1., op. cit., No.88, pp.137, 138.

(٣) انظر الدكتور محمد أبو العلا عقيدة، الاتجاهات الحديثة فى قانون العقوبات الفرنسى الجديد، طبعة ١٩٩٧ ص ٢١.

ومع ذلك، فقد ظهر اتجاه نحو تصحيح مسار السياسة التقليدية الجديدة فى ضوء حركة الدفاع الاجتماعى الجديد، أخذ مسمى التقليدية الجديدة المعاصرة "néo - clas-sicisme contemporain" فربطت بين فكرة المسئولية الشخصية والجزاء الجنائى، إلا أنها لم تعتبر ـ خلافا لفكر المدرسة التقليدية الجديدة ـ الجزاء الجنائى متدرجا بقدر هذه المسئولية ولم تعتبر مقدار حرية الإرادة ضابطا لتدرج العقوبة، وإنما نادت بتقدير العقوبة وفقا لاستعداد أو أهلية أو قابلية "Aptitude" المجرم لتحمل العقاب، والاستفادة منه فى المستقبل. فشخصية المجرم هى التى تحكم اختيار العقوبة. على أن يتم معاملة المجرم أثناء تنفيذ العقوبة فى ضوء مفاهيم علم الإجرام فى ضوء شخصيته الإجرامية(١).

١٩٥ ـ الضرورة بين التجريم والعقاب، وتدابير منع الجريمة

وفى غمار هذه التيارات الفكرية المختلفة التى تأثرت بها بعض التشريعات الجنائية، ظهر اتجاه إلى عدم وجوب الاعتماد على قانون العقوبات وحده فى حل مشكلة الجريمة، واعتبار كافة قطاعات المجتمع مسئولة عن مكافحتها، ومنها القطاع الجنائى. وفى ضوء هذا الاتجاه لم تعد مشكلة مواجهة الجريمة مجرد مشكلة قانونية بحتة، ولم يعد من الجائز معالجتها بنظرة مجردة تقوم على استخدام وسائل قانون العقوبات لمواجهتها(٢). وفى ضوء هذه النظرة ظهرت سياسة اللاتجريم "Décriminalisation"، للحد من الإسراف فى التجريم، وخاصة مع الجرائم المصطنعة التى استحدثتها بعض التشريعات. وقد ظهرت هذه السياسة بوضوح فى المؤتمر السادس لوزراء العدل فى أوروبا سنة ١٩٧٠، وفى الندوة العلمية الثالثة التى أقامتها الجمعيات الدولية المشتغلة بالعلوم الجنائية(٣)، والتى انعقدت فى بيلاجيو

---

(١) انظر:

Merle et Vitu, op. cit., No.89-93, pp.138-145.

(٢) انظر مقالنا عن المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الخاص بمناسبة العيد المئوى لكلية الحقوق، سنة ١٩٨٣، ص ٣٩٩؛٤٦٧.

(٣) وهى الجمعية الدولية لقانون العقوبات والجمعية الدولية لعلم الإجرام والجمعية الدولية للدفاع الاجتماعى والجمعية الدولية لعلم العقاب.

بإيطاليا فى مايو سنة ١٩٧٣[١]. كما لقى الموضوع الاهتمام ذاته فى المؤتمر الخامس للأمم المتحدة الذى عقد فى جنيف عام ١٩٧٥ لمكافحة الجريمة ومعاملة المذنبين. ومقتضى هذا التجريم أن الضرورة لا تتوافر دائما للالتجاء إلى التجريم والعقاب من أجل مواجهة الانحراف الاجتماعى. وقد انعكس ذلك فى إلغاء تجريم بعض الأفعال فى فرنسا، مثل الزنا (منذ ١٩٧٥)، والإجهاض (منذ ١٩٩٣). وجنبا إلى جنب مع الدعوة إلى اللاتجريم، ظهر اتجاه فى السياسة الجنائية إلى الحد من العقوبات السالبة للحرية تحت مسمى الحد من العقاب "Depenalisation"[٢]. فقد جاء المؤتمر الدولى لعلم الإجرام سنة ١٩٥٠ فدرس بوجه خاص مشكلة العقوبة المقيدة للحرية وضروزة البحث عن عقوبات بديلة لها. ومن هذه الزاوية أعيد تقييم أهداف النظام العقابى بأسره، بعد أن لوحظ أن (جهود المجتمع لمعالجة المجرمين كانت فى أسوأ تقدير غير إنسانية، وفى أحسن تقدير غير فعالة، وأنها فى الغالب عقيمة، وفى جميع الأحوال مشوشة)[٣].

ولا يحول الحد من العقاب دون اعتبار الأفعال غير اجتماعية. على أن الحد من العقاب لا يعنى بالضرورة إلغاء العقاب تماما، وإنما يعنى إما إلغاء بعض العقوبات أو منع تعدد العقوبات. ويلاحظ أن اتجاها معاصرا ينادى بتخويل جهات الإدارة سلطة فرض الغرامات كبديل للعقاب، وهو اتجاه لا يتفق مع الدستور المصرى الذى ينص على أنه لا عقوبة بغير حكم قضائى. ومعيار الاتجاه نحو الحد من التجريم والعقاب هو انتفاء الضرورة والتناسب. فلا يجوز الالتجاء إلى التدخل الجنائى إلا إذا كان هو الوسيلة اللازمة لحماية الحقوق والحريات عندما تتعرض للاعتداء أو لحماية المصلحة الاجتماعية.

وقد أشير إلى أن دراسات علم الإجرام فى الأعوام الأخيرة أثبتت ضعف تأثير رد الفعل العقابى على الإجرام، وأن هذا الإجرام ليس إلا محصلة مجموعة من أعمال رد

---

(١) La décriminalisation, Actes du colloque de Bellagio, 1973, Centre Nazionale di prevenzi-one E Difesa sociale.

(٢) انظر فى الموضوع:

Sacotte; Le mouvement de dépénalisation, la limitation et la privation de liberté dans les paysde l'Eroupe occidentale, Archives politique criminelle, 1982, p.61 et S.

(٣) D. Gattiredon, sentencing trends in the united states; Implications for clinical criminolo-gy, Rasengne di criminologia, vol. X, No.1 (1979) p.151.

الفعل الاجتماعى. وصاحب ذلك الدعوة إلى رفض الإستراتيجيات القائمة على النظام العقابى لمواجهة الجريمة، وضرورة عدم التركيز على الفرد الذى ارتكب الفعل الإجرامى، لأن عوامل الجريمة توجد خارج هذا الفرد. وهو ما يؤدى فى نظر هذا الاتجاه إلى عجز النظام العقابى مهما بنى على عقوبات نموذجية أو رادعة، أو معاملة إصلاحية للجانى، لأن هذا الوضع لا يعالج سوى جزء صغير من مجموع مشكلة الإجرام، وهو ما يؤدى إلى فشل الاعتماد على (السجن) كحل مثالى لكثير من المشكلات الاجتماعية التى تقع تحت وصف الجرائم. وبالتالى، فإن الضرورة هى فى معالجة عوامل الجريمة لا فى معاقبة مرتكبيها[1]. ومؤدى هذا الاتجاه أن معالجة ظاهرة الجريمة تتم خارج النظام القانونى العقابى، وهو ما لا يمكن التسليم به، حماية للنظام القانونى وضمانا للحقوق والحريات. وكل ما يمكن السماح به هو وضع إستراتيجيات منع الجريمة فى إطار الوظيفة الاجتماعية التى تنهض بها الدولة جنبا إلى جنب مع النظام العقابى مع التشديد فى مفاهيم الضرورة الاجتماعية لتجنب التضخم فى التجريم والعقاب.

١٩٦ ـ التناسب فى إطار مبدأ المساواة أمام القانون

يعتبر التناسب الواجب توافره فى التجريم والعقاب خطوة هامة لتحقيق المساواة فى قانون العقوبات وأمام هذا القانون وبواسطته. والاختلاف فى المعاملة الجنائية يجب أن يكون متناسبا بشكل معقول، فبه يقوم الأساس الموضوعى للاختلاف فى المعاملة الجنائية. فى ضوء ذلك بينا أن الضرورة الاجتماعية لابد أن تحتم التجريم والعقاب بقدر متناسب مع الضرر أو الخطر الذى أحدثه الفعل محل التجريم. والتناسب الذى يقدره المشرع لا يعنى المساواة المطلقة فى رد الفعل التجريمى أو العقابى بين الأفعال الضارة بالمجتمع أو بين مرتكبيها، لأنه لا يتطلب المساواة الحسابية فى المعاملة الجنائية تجريما وعقابا. ومن ناحية فإن الاختلاف فى المعاملة قد يوجبه إما اختلاف المراكز القانونية، أو تفوق اعتبار المصلحة العامة أو الاتفاق مع قصد المشرع رغم تماثل المراكز القانونية[2]. فالمشرع الجنائى له أن يقرر معاملة جنائية مختلفة بقدر اختلاف الأفعال الجنائية ذات

---

(١) انظر: Ross Hastings; La prévention du crime. l'illusion d'un consensus. بحث فى مؤلف problémes actuels de science criminelle, VI, op. cit., pp.53 - 55.

(٢) Férdinand Mélin - Soucramanein; le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, paris, Economica, 1997, p.191.

الطبائع المختلفة . فالمساواة أمام القانون تفترض المساواة فى مضمون هذا القانون ، وتتطلب أن تكون واقعية "réaliste" أى ليست مساواة شكلية . ومن هنا فإن مبدأ المساواة لا يتعارض مع اختلاف المعاملة الجنائية طالما اقتضت ذلك الغاية من القانون أو المصلحة العامة . فإذا لم توجد هذه الغاية أو لم تتطلبه المصلحة العامة لا يتحقق التناسب[١] . وتتحدد هذه الغاية فى ضوء القيم التى يستهدف المشرع حمايتها ، وهى مسألة يدق تحديدها ومعرفة نطاقها[٢] .

فبالنسبة إلى هذا الاختلاف ؛ فإن اختلاف وزن الضرر أو الخطر الذى يترتب على الفعل ، أو اختلاف وزن الدور الذى يقوم به مرتكبه ، يؤدى بالضرورة إلى اختلاف المعاملة الجنائية . إلا أنه قد تختلف المراكز القانونية فى الفعل الواحد كما هو الحال بالنسبة للفاعلين فى الجريمة أو الشركاء فيها ، مما يتطلب معاملة واحدة لكل فريق منهم . إلا أن المشرع قد يخرج عن ذلك ويقرر للشريك عقوبة الفاعل رغم اختلاف مركزهما القانونى . مثال ذلك ، المادة ٤١ عقوبات التى نصت على أن من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها إلا ما استثنى بنص خاص ، و المادة ٤٣ عقوبات التى تنص على أن من اشترك فى جريمة فعليه عقوبتها ولو كانت غير التى تعمد ارتكابها متى كانت الجريمة التى وقعت بالفعل نتيجة محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التى حصلت ، والمادة ٤٤ عقوبات ، التى تنص على تضامن الشركاء مع الفاعلين فى الالتزام بالغرامات النسبية ما لم ينص فى الحكم على خلاف ذلك . وكذلك الشأن بالنسبة للظروف الشخصية المخففة أو المشددة التى تجيز للقاضى الحكم بعقوبة مختلفة على متهم يتحد وضعه القانونى من حيث الفعل المادى الذى ارتكبه . وعلة ذلك أن المساواة يجب أن تكون واقعية ، فلا إخلال بمبدأ المساواة إذا أجيز تشديد العقاب على العائد عن الجريمة ، لاختلاف مركزه القانونى من الناحية الواقعية عن غير العائد وإن قارف الفعل نفسه المنسوب إليه . وكذلك الأمر بالنسبة للظروف الشخصية التى تستند إلى اعتبارات مختلفة يقدرها القاضى ، منها سن المتهم وبواعث ارتكاب الجريمة وإصلاحه الضرر المترتب على الجريمة ، واستفزاز المجنى عليه للجانى . فكل هذه

---

(١) وانظر تفصيلا ما سبق أن أوردناه عن مبدأ المساواة فى الجزء الأول من هذا المؤلف .
Marc Verdussen, conturs et enjeux du droit constitutionnel pénal, Bruxelles, 1995, p. 133.

(٢) Marc Verduxen , op. cit., p. 136.

الظروف تجعل الاختلاف بين الجناة أمرا واقعيا لا يجوز إغفاله طالما كان مبنيا على معايير موضوعية ومنطقية وفقا للأهداف التى توخاها القانون[1]. ويلاحظ من ذلك أن مراقبة تحقيق الهدف الذى توخاه القانون من وراء المعاملة التى قررها، هى خطوة لازمة للتحقق من احترام مبدأ المساواة. ونحن لا نقر التضامن فى الالتزام بالغرامات النسبية لأنها ذات طبيعة عقابية تتأبى مع مبدأ شخصية المسئولية.

والخلاصة، فإن التحقق من المساواة فى المعاملة الجنائية يتطلب التحقق من مدى وجود الاختلاف فى المراكز القانونية، وقيام هذا الاختلاف على أسس موضوعية، وارتباط الاختلاف فى المعاملة مع الهدف من القانون أو المصلحة العامة؛ وهو ما يتطلب قيام هذا الاختلاف على مبدأ التناسب؛ حتى يكون الاختلاف فى المعاملة قائما على أساس موضوعى.

١٩٧ ـ الدستور كعامل لتوجيه المشرع الجنائى نحو التجريم

يؤدى الدستور دورا هاما فى توجيه المشرع الجنائى نحو التجريم. فالدستور إذ يتولى حماية الحقوق والحريات يتعين على المشرع ضمان هذه الحماية وتنظيمها، ومن وسائل هذا الضمان تقرير التجريم عند المساس بها. وبالإضافة إلى الحقوق والحريات التى يكفلها الدستور، فإنه يحمى قيما أخرى يتعين على المشرع ضمانها. وقد يكون التجريم كذلك من وسائل هذا الضمان. ومن هنا، فإن التجريم يعكس القيم الدستورية سواء تمثلت فى الحقوق والحريات أو غيرها. ويلجأ إليه المشرع إذا ما رأى أن حمايتها تستوجب تجريم المساس بها.

وبالنسبة إلى النوع الأول من القيم الدستورية، وهو الحقوق والحريات، فإن ضمان حمايتها من خلال التجريم يعكس الدور الإيجابى الذى تلتزم به الدولة تجاه هذه الحقوق والحريات. فهى لا تقف أمامها موقف المتفرج السلبى، وإنما على العكس من ذلك تعمل بصفة إيجابية على ضمان ممارستها بل كفالة الارتقاء بها. ويشارك المشرع الجنائى بوصفه سلطة من سلطات الدولة فى أداء هذا الدور الإيجابى، فيستوحى القيمة الدستورية للحقوق والحريات ويعبر عنها بالتجريم من خلال ما يضعه من أوامر أو

---

(١) مشار إليه فى المرجع السابق ص ١٩١.

نواهٍ مشفوعـة بالعقاب عند مخالفتها، وفى هذه الحالـة، فإن الجريمة التى ينص عليها قانون العقوبـات تعتبر ترجمة أمينة للقيمة الدستورية التى يحميهـا . ومن ناحية أخرى، فإن القضاء العـادى بحكم اختصاصه بالفصل فى الـدعاوى الجنائية، يشـارك بوصفه سلطة من سلطات الدولة فى أداء الدور الإيجابى للدولة فى حماية الحقوق والحريات .

وبـالنسبـة للنوع الثـانى من القيم الـدستـوريـة، فإنـه يبـدو فى المبادئ والقـواعـد الدستورية التى تتعلق بنظام الحكم والمصلحة العامة، ويتولى المشرع الجنائى حمايتها من خلال تجريم الاعتداء على أمن الدولـة من الداخل أو من الخارج، والاعتداء على أعمال الوظيفـة العامـة، وكل ما يتعلق بأعمال السلطتين التشريعيـة والقضائيـة . ويستهدف حماية الأمن والاستقرار وضمان سير المرافق العامة .

وقد يعبر الـدستور صراحـة عن التجريم كـوسيلة للـدور الإيجابى للدولـة فى حماية الحقوق والحريات . وقـد بدا ذلك بوضوح فى مثالين عبر عنهما الـدستور المصرى، فقد نصت المادة ٥٧ منه على أن كل اعتـداء على الحرية الشخصيـة أو حرمة الحيـاة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون ـ جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم .

كما نصت المادة ٧٢ من هذا الدستور على أن يكون الامتناع أو تعطيل تنفيذ الأحكام من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون . كما أن الدستور الأسبانى قدم ثلاثة أمثلة أخـرى؛ فبعد أن نص فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤٥ على الحق فى التمتع ببيئة مـلائمة والتزام السلطات العـامة بالاستخدام الـرشيد للموارد الطبيعية لحماية وتحسين مستوى الحياة والعنايـة بالبيئة، ونص فى الفقرة الثالثة لهذه المادة على معاقبة من يخالف ذلك بجزاءات جنـائية أو إدارية عند الاقتضاء . كما نصت المادة ٤٦ من الدستور الأسبانى على أن السلطات العامـة تكفل المحافظة على الثروة التاريخية والثقافيـة والفنية للشعـب الأسبانى، وأن قـانون العقوبـات يعاقـب على المساس بهذه الثروة . كما نصت المادة ٥٥/ ٢ من الدستور الأسبانـى على أنه يمكن لقانون أساسى أن يحدد كيفيـة إمكـان إيقـاف الحقـوق المنصـوص عليهـا فى المادتين ١٧/ ٢ و١٨/ ٢و٣ وتحديـد حالات ذلك بـالنسبة إلى بعض الأشخـاص فى إطار تحقيق يجرى حـول أعمال العصـابات المسلحـة أو العنـاصر الإرهـابية . ونصـت المادة ٥٥ المذكورة على أن سـوء استخدام الصلاحيات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أو التعسف فى ذلك يؤدى إلى انعقاد المسئولية الجنائية المترتبة على مخالفة الحقوق والحريات المعترف بها قانونا .

كما نص الدستور اليوناني فى المادة ٦ على معاقبة كل من يتسبب فى التعسف فى حبس أحد الأفراد . كما نصت المادة ٩ من هذا الدستور على معاقبة كل انتهاك لحرمة المنازل والتعسف فى استخدام السلطة بالنسبة إلى القائمين بتفتيش المساكن فى غير الحالات أو بغير الأشكال التى حددها القانون . كما نصت المادة ٥٢ من الدستور على أن التشريع يحدد الجزاءات الجنائية على من يخالف ما نصت عليه هذه المادة من أن التعبير الحر عن إرادة الشعب بوصفها تعبيرا عن سيادة الشعب تكفله جميع أجهزة الجمهورية التى تلتزم بضمانه فى جميع الظروف . ونصت المادة ٢٤/ ١ من هذا الدستور بالنسبة إلى حماية البيئة على أن الدولة تلتزم باتخاذ الإجراءات المانعة أو الجنائية لضمان هذه الحماية .

ونص الدستور الأيرلندى فى المادة ٤٠/ ٦ على أن نشر الأعمال أو الأقوال غير الأخلاقية أو التى تنطوى على إغراء جنسى تعتبر جريمة يعاقب عليها القانون .

ونص الدستور الإيطالى فى المادة ١٣/ ٤ على أن يعاقب على كل إكراه بدنى أو أدبى ضد الأشخاص المقيدة حريتهم[١].

وقد ثار البحث حول مدى رقابة المحكمة الدستورية للمشرع فى سلطته فى التجريم عند حماية الحقوق والحريات التى شملها الدستور بحمايته .

ففى ألمانيا، نظرت المحكمة الدستورية الاتحادية طعنا بعدم دستورية المادة ٢١٨ من قانون العقوبات المضافة بقانون صادر فى ١٨ يونية سنة ١٨٧٤ ، والتى كانت تسمح للطبيب بأن يجهض الحامل فى خلال ١٢ أسبوعا من خلق الجنين فى بطنها[٢]، استثناءً من مبدأ تجريم الإجهاض الذى أكده قانون ١٨ يونية سنة ١٨٧٤ سالف الذكر. وكان

---

(١) عنيت بعض الدساتير بتحديد نظام خاص للتجريم يتعلق برئيس الدولة من خلال تحديد مجموعة من الأفعال التى من شأنها أن تعقد مسئولية جنائية . مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٦١ من الدستور الألمانى من أن البوندستاج Bundestag أو Bundesrat يمكنه اتهام رئيس الاتحاد الألمانى أمام المحكمة الألمانية الاتحادية للمخالفة المتعمدة للدستور أو لأى قانون اتحادى . وكذلك المادة ٦٨ من الدستور الفرنسى حصرت المسئولية الجنائية لرئيس الجمهورية عن الأعمال التى يباشرها فى أثناء تأدية وظيفته فى حالة الخيانة العظمى . وكذلك نصت المادة ٤٩/ ١ من الدستور اليونانى على أن رئيس الجمهورية مسئول جنائيا فى حالة الخيانة العظمى أو الانتهاك المتعمد للدستور. كما نص الدستور الإيطالى فى المادة ٩٠ على أن رئيس الجمهورية لا يكون مسئولا عن الأعمال التى يباشرها فى أثناء تأدية وظائفه إلا فى حالة الخيانة العظمى أو الاعتداء على الدستور.

(٢) وقد قيل بأن ذلك يجرى فى اليوم الرابع عشر من الاتصال الجنسى .

مدار الطعن أن هذا الاستثناء من التجريم يعتبر انتهاكا لحق كل كائن فى الحياة. وقد ذهبت المحكمة الدستورية الألمانية وفق ما استقر عليه قضاؤها أنه من الأفضل فى حالة الشك حول نطاق حق «أساسى» ـ أى حق يحميه الدستور ـ اختيار التفسير الذى يعطيه أكبر قدر من الفاعلية، وأنه تطبيقا لهذا المبدأ، فإن الضمانات المرتبطة بالحق فى الحياة يجب أن تمتد إلى الحياة خلال نموها، أى حياة الكائن الحى الذى لم يولد بعد. وقارنت المحكمة الدستورية بين حق الكائن الحى، وحق المرأة فى قبول الأمومة من عدمه والذى ينبع من حقها فى تنمية شخصيتها وفق ما نص عليه الدستور الألمانى، ثم أكدت أن حق المرأة المذكور ليس مطلقا وأنه لا يجوز لها ممارسته حين تمس حقوق الغير، واستخلصت المحكمة إعطاء الأولوية لحق الجنين فى الحياة والذى يتضمن منع الأم من إجهاض نفسها. ولم تقتصر المحكمة الدستورية الألمانية على ذلك، بل أضافت أنه إذا كان للمشرع أن يفرض تدابير مانعة لحماية الحق فى الحياة، إلا أن التدابير العقابية ما زالت هى السلاح الأقوى فى يد الدولة لتقرير حماية هذا الحق، مما يجب معه أن يظل الإجهاض فى نطاق التجريم[٢]. ثم أكدت المحكمة الدستورية الألمانية هذا المبدأ فى حكم لها سنة ١٩٩٣، إلا أنها تركت قسطًا كبيرا من الحرية للمشرع فى فرض تدابير مانعة للحيلولة دون الإجهاض فى هذه الفترة، مثل تقديم المساعدة الاجتماعية للأم[٣].

وفى البرتغال، كان قانون العقوبات حتى سنة ١٩٨٤ يعاقب على الإجهاض بغير استثناء، إلى أن صدر قانون سنة ١٩٨٤ الذى يسمح بالإجهاض فى بعض الأحوال. وقد نظرت المحكمة الدستورية طعنا على هذا القانون فى مناسبتين أصدرت بشأنهما حكما فى ١٩ مارس سنة ١٩٨٤ وآخر فى٢٩ مايو سنة ١٩٨٥[٤]. وفى الحكمين لم تقرر المحكمة الدستورية البرتغالية عدم دستورية النصوص الجنائية محل الطعن، فذهبت فى حكمها الأول إلى أن الحق فى حياة الإنسان بعد ولادته، ومن ثم فيمكن التضحية به إذا ما تعارض مع حق «أساسى» آخر يحميه الدستور. وذهبت فى حكمها الثانى إلى أن

---

(٢) انظر حكم المحكمة الدستورية الألمانية الصادر فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٧٥ مشارا إليه فى:
Marc Verdussen, op. cit., pp. 323,324.
وانظر إليه أيضا معلقا عليه فى تقرير: Rainer Arnold; constitution et avortement (xe cours International de justice constitutionnelle, constitution et Bioéthique, Aix en Provence, 7-12 septembre 1998) Annuaire International de justice constitutionnelle, 1998, pp. 436-439.

(٣) انظر حكم المحكمة الدستورية الألمانية الصادر فى ٢٨ مايو سنة ١٩٩٣ مشار إليه فى تقرير:
Rainer Arnold (l'ovule fécondé) Annuaire, op. cit., pp. 443-446.

(٤) انظر هذين الحكمين مشارا إليهما فى مؤلف: Marc Verdussen, op. cit., pp. 325,326.

حماية الحق فى حياة الجنين يجب أن تكفله الدولة ، ولكن هذه الحماية لا تتم كفالتها بالضرر من خلال التجريم الجنائى .

وفى إيطاليا، وازنت المحكمة الدستورية الإيطالية فى حكم لها سنة ١٩٧٥ بين حق الجنين فى الحياة ، وحق الأم فى الصحة وفى الحياة ، وقضت بعدم دستورية نص فى قانون العقوبات يحظر الإجهاض فى حالة تعرض الأم الحامل لخطر جسيم . وفى ضوء هذا الحكم صدر القانون رقم ١٩٤ لسنة ١٩٧٨ يسمح بالإجهاض لأسباب طبية (thérapeutiques eugéniques) وإجرامية واجتماعية[١]. أصدرت المحكمة الدستورية الإيطالية حكما فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٨٩ حددت فيه العلاقة بين القيم الدستورية وقانون العقوبات ، فأكدت أن من واجب المشرع الالتجاء إلى التجريم الجنائى لحماية القيم الضرورية لتحقيق الشروط الأولوية للحياة داخل المجتمع ، تاركا للمشرع اختيار ما يراه من وسائل الحماية للقيم الاجتماعية الأقل ضرورة[٢].

وفى فرنسا أكد المجلس الدستورى الفرنسى المبادئ الآتية :

(أ) مبدأ احترام كل كيان إنسانى منذ بدء حياته ، وأنه لا يجوز المساس بهذا الحق إلا فى حالة الضرورة ووفقا للشروط والقيود التى يحددها القانون[٣].

(ب) مبدأ إلغاء نصوص التجريم والعقاب التى ترد على الإجهاض التى تمارسه المرأة الحامل برضائها على نفسها فى حالة الضرورة ، ووفقا للشروط التى ينص عليها القانون ، لا يخالف أدنى حق للطفل فى الصحة ، ولا أى مبدأ دستورى آخر[٤].

(جـ) مبدأ حماية حق الكيان الإنسانى فى الحياة منذ بدء حياته لا ينصرف إلى الجنين من خلال التلقيح الصناعى متروك للمشرع وليست له قيمة دستورية ، وذلك باعتبار أن الأم ليست ملزمة بالمحافظة على هذا النوع من الأجنة التى وجدت بطريقة صناعية ، مهما كانت الظروف التى تمر بها ، ومهما كانت مدة هذا الحفظ . فلا ينطبق على هؤلاء مبدأ المساواة بالإنسان الذى يتعين المحافظة على حقه فى الحياة[٥].

ومن مجموع هذه المبادئ يتضح أن إلغاء تجريم الإجهاض الاختيارى فى فرنسا يرجع

---

(١) مشار إليه فى تقرير: Rainer Arnold, op. cit., p. 446.

(٢) انظر هذا الحكم مشارا إليه فى مؤلف : Marc Verdussen, op. cit., p. 328.

(٣) Déc. no. 64-54 du 15 Janvier 1975, Rec. jur.

(٤) انظر القرار المشار إليه فى الهامش السابق .

(٥) Déc. no. 94-343-344 du 27 juillet 1994, Rec. jur. const. p. 592.

إلى انتفاء الضرورة كموجب للتجريم فى هذا النوع من الأفعال، دون أن يعنى المساس بالحق فى الحياة، وأن عدم تمتع الجنين ـ بسبب التلقيح الصناعى ـ بالحق فى الحياة يرجع إلى حق الأم فى عدم الالتزام بالاحتفاظ بالجنين (الصناعى) لمدة غير محدودة ومهما كانت الظروف[1]. ومن ناحية أخرى، فإن الإجهاض فى فرنسا يجب أن يظل فى إطار الاستثناء ـ وهو ما صرحت به وزيرة الصحة الفرنسية عند وضع القانون الفرنسى الصادر سنة ١٩٧٤، وفكرة الضرورة هى التى تحكم إجازة الإجهاض الاختيارى، وذلك إذا ما تعرضت صحة الحامل للخطر أو وجد احتمال قوى بأن الطفل سوف يولد مصابا بمرض جسيم لا شفاء منه[2].

وفى أسبانيا، قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الحق فى الحياة لا يمكن أن يكون إلا حقا بغير حدود، إلا أن حق الجنين فى الحياة لا يتفوق على حق الأم الحامل فى الحياة والكرامة، فيجوز الإجهاض إنقاذا لحياة الأم أو حفاظا على كرامتها. وفى ضوء هذا المبدأ جاء القانون الأسبانى فسمح بالإجهاض فى ثلاث حالات:

(الأولى)، الحفاظ على حياة الأم، وذلك إذا كان منع الإجهاض يعرض حياة الأم الحامل أو صحتها للخطر.

(الثانية)، إذا كان الحمل ثمرة اغتصاب الأم. ففى هذه الحالة يكون الإجهاض حماية لكرامتها الإنسانية وحماية لذاتيتها العضوية والأخلاقية وحماية لشرفها وصورتها ولخصوصيتها الشخصية.

(الثالثة)، إذا كان الإجهاض للحيلولة دون ولادة طفل يعانى من آلام جسيمة عضوية ونفسية، وذلك ـ كما قالت المحكمة الدستورية الأسبانية لأن إنجاب مثل هذا الطفل سوف يكبد الأسرة أعباء جسيمة ولا تستطيع ـ إلا فى حالات قليلة ـ الحصول على المعونة الاجتماعية[3].

وفى مصر، جرم قانون العقوبات الإجهاض ولو كان برضاء الحامل (المادتان ٢٦١

---

(١) Déc, 27 Juillet 1994, Recueil, 94 - 343 - 344 Dc, p. 592, Luchaire, op. cit., p .28.

(٢) Pierre Cambot, La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, 1998, op. cit., p.117.

(٣) المحكمة الدستورية الأسبانية فى ١١ إبريل سنة ١٩٨٥ وفى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٩٦. انظر:
Pierre Cambot, op. cit., pp.114-120.

و٢٦٢ عقوبات) حماية ورعاية للجنين أثناء خروجه للحياة وألقى واجبا على الأم فى هذه الرعاية، واتفاقا مع ما نص عليه الدستور من أن الدولة تكفل حماية الأمومة والطفولة (المادة ١٠) هذا فضلا عن حماية الحق فى الحياة. إلا أنه إذا ما توافرت حالة الضرورة فى الحدود الذى نص عليها القانون، لتحقيق هذا الإجهاض بما تتطلبه من لزوم وتناسب انتفت مقتضيات التجريم والعقاب.

وقضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فى ٢٦ مارس سنة ١٩٨٥ أن المشرع يختار الطريق الجنائى (التجريم) عند المساس بالحياة الخاصة فى ضوء ثلاثة عناصر، هى: مظهر الحياة الخاصة محل الاعتداء، ودرجة فاعلية الضمانات الأخرى التى وفرها المشرع للحق فى الحياة الخاصة، وأخيرا المقارنة بالجزاءات الجنائية التى قررها المشرع فى حالات أخرى. وقد استخلص من هذا الحكم أن التزام المشرع بالالتجاء إلى التجريم لحماية الحق الذى يحميه الدستور ليس التزاما مطلقا[1].

ومن مجموع ما تقدم نستخلص الحقائق الآتية:

أولا: أن الدولة بجميع سلطاتها تلتزم بضمان احترام الحقوق والحريات التى يحميها الدستور. ولا يقف هذا الضمان عند مجرد اتخاذ موقف سلبى تجاهها بل يتعين على الدولة اتخاذ موقف إيجابى لتوفير هذا الضمان. وقد يتمثل ذلك فى تجريم المساس بالحقوق والحريات.

ثانيا: أن التجاء المشرع لتجريم المساس بالحقوق والحريات وغيرها من القيم الدستورية الأخرى لضمان حمايتها يعتمد على مجموعة القيم التى شملها الدستور بالحماية. ومن هنا يعتبر الدستور عاملا مهما فى توجيه المشرع الجنائى نحو تحديد «المصالح المحمية» التى يقرر تجريم الاعتداء عليها حين يرى ضرورة هذا التجريم كأسلوب لحمايتها.

ثالثا: أن الدستور قد لا يقتصر على توجيه المشرع الجنائى نحو «المصالح المحمية» بالتجريم، بل يمتد توجيهه إلى ضرورة الالتجاء إلى التجريم كأسلوب للحماية، وذلك حين ينص صراحة فى بعض نصوصه ـ كما بينا من قبل ـ على تجريم الاعتداء على نوع من الحقوق والحريات أو غيرها من القيم الدستورية.

---

(١) انظر مؤلف: Marc Verdussen, op. cit., p. 329.

رابعا : أن تأثير الدستور فى تـوجيه المشرع الجنائى نحو التجـريم أو تحديد «المصالح المحمية» بالتجريم، يقتصر على التجـريم من حيث المبدأ، إلا أن المشرع ينفرد بممارسة سلطته التقـديريـة فى تحديد نطاق التجـريم ومدى جسامتـه فى ضوء مـا تمليه الضرورة الاجتماعية لتقرير الحماية الفعالة للمصالح المحمية بالتجريم.

خامسا : أن القاضى الجنـائى يستعين فى تفسيره لنصوص التجريم التى استوحـاها المشرع من الـدستـور بـالـروح التى أملت على المشرع الـدستـورى حمايـة نـوع من القيم الدستورية التى اتخذها المشرع العادى محلا للتجريم.

الفصل الثـــانى
ضمانات الحقوق والحريات فى مواجهة التجريم والعقاب

١٩٨ـ فكرة عامة

أوضحنا فيما تقدم أن المساس بالحقوق والحريات من خلال التجريم تحكمه اعتبارات الضرورة والتناسب التى يقوم فى ضوئها التوازن بين هذا المساس وبين سائر القيم التى يحميها الدستور (سواء تجلت فى المصلحة العامة أو فى حماية غيرها من الحقوق والحريات).

وأكدنا وفقا لمبدأ الشرعية الجنائية أن التشريع ينفرد بحسب الأصل فى إقامة هذا التوازن، فما هى الكيفية التى يسلكها المشرع فى إطار الضرورة والتناسب. نعم يملك المشرع سلطة تقديرية فى تحديد مسلكه، إلا أنه لا يملك أن يصل بممارسة لهذه السلطة إلى الحد الذى تفقد فيه الحقوق والحريات مضمونها وجوهرها. وفيما يلى نعرض للضمانات التى يتقيد بها المشرع لإحداث التوازن المطلوب فى ضوء الضرورة والتناسب بما لا يفقد الحقوق والحريات محتواها.

وتتمثل هذه الضمانات فيما يلى:

(١) أن يكون الفعل ـ أو الامتناع ـ هو مناط التجريم.

(٢) شخصية المسئولية.

(٣) عدم جواز المساس بجوهر الحقوق والحريات.

(٤) شخصية العقوبة وتناسبها.

وفيما يلى نعرض لكل من هذه الضمانات على حدة، مع مراعاة أن التمتع بها يجب أن يتم فى إطار مبدأ دستورى هو المساواة أمام القانون.

المبحث الأول

الفعل ـ أو الامتناع ـ هو مناط ا لتجريم

١٩٩ـ الأهمية الدستورية للفعل محل التجريم

يرتكـز الأساس الفلسفي لهذا الضمان على ثلاثـة عناصر هي : مبـدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذى يتطلب أن يكون المخاطبون بقـانون العقوبات على علم بالأفعال التى يجب عليهم تجنب ارتكابها حتى لا يقعوا فى حمأة مخالفـة هذا القانون . بـالإضافة إلى أن مبدأ المسئولية الشخصية القائمـة على حرية الإرادة والذى يفترض وقوع فعل معين معبر عن هـذه الإرادة . هذا بجانـب أن اليقين القضائى لا يمكن أن يتـوافر إلا بـالنسبة إلى ثبوت الأفعـال ، وهو ما يترتب على ضمان الأصل فى المتهم البراءة . وكل هـذه العناصر تفصح عن أن ما يركن إليه قانون العقوبات ابتداء ـ فى زواجره ونواهيه ـ هو مادية الفعل المؤاخذ على ارتكـابه ، إيجابيا كـان هذا الفعل أم سلبيا ، ذلك أن العـلائق التى ينظمها هـذا القـانون فى مجال تطبيقهـا على المخـاطبين بأحكـامه ، محورهـا الأفعـال ذاتها ، فى علامـاتها الخارجية ، ومظـاهرهـا الواقعيـة ، وخصائصهـا المادية ، إذ هى منـاط التأثيم وعلته ، وهى التى يتصـور إثباتها ونفيها ، وهى التى يتم التمييز على ضـوئها بين الجرائم بعضها البعض .

ولهذا أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر أن نصـوص الدستور تعتد بالأفعال وحدها باعتبارهـا مناط التأثيم وعلته ؛ وذلك على أساس أنها دون غيرها هى التى يجوز إثبـاتها أو نفيها ، وهى التى يتصـور أن تكون محل تقـدير محكمـة الموضوع ، وأن تكـون عقيـدتها بالبنـاء عليهـا ، وأنه بعـدم قيـام الجريمة على فعل معين يتم التجهيل بماهيـة الأفعال التى يتعين على المخاطبين بقانون العقوبات توقيها وتجنبها ، وأنه لا يجوز ـ فى أية حال ـ أن تكون مصائر الناس معلقـة على غير أفعالهم ، بالإضافـة إلى أن الأفعال هى

التى يعبر بها الجانى عن إرادته الواعية الجازمة، متوسلا بها إلى بلوغ النتيجة الإجرامية التى يبتغيها[1].

٢٠٠ـ تطبيقات

* وتطبيقا لهذا الضمان، قضت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بعدم دستورية نص المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم وبسقوط أحكام المواد المرتبطة بها، تأسيسا على أن الاشتهار الذى يقوم عليه الاشتباه محل التجريم لا يعاصره فعل أو أفعال معينة، وينصرف إلى حالة خطرة تستمد عناصرها من السوابق أو الأقوال أو غيرها، وجميعها لا ترقى إلى مرتبة الفعل ولا يقوم هو بها، ومن ثم يقصر الاشتهار عن أن يكون من الأفعال التى يجوز تجريمها وفقا لضوابط الدستور وضماناته التى يؤدى الإخلال بها إلى اقتحام الحرية الشخصية فى مجالاتها الحيوية، وإلى الانتقاص من الحقوق التى كفلها الدستور فى مواجهة التسلط أو التحامل. وأضافت المحكمة الدستورية العليا إلى ذلك أنه مما يناقض إدانة الشخص على أساس الاشتهار بالمعنى السابق، افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه إلى أن

---

(١) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣، القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الثانى) القاعدة رقم ١٠ ص ١٠٣، دستورية عليا فى أول أكتوبر سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٩٤ (العدد ٤٢)؛ ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٥ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٨ يونية سنة ١٩٩٥ (العدد ٣٢)؛ ٣ يولية سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٠ يولية سنة ١٩٩٥ (العدد ٢٩)؛ ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٩٥ (العدد ٥١)؛ ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٧ يونية سنة ١٩٩٦ (العدد ٢٥)؛ ١ فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧ (العدد ٧).

وانظر فى الموضوع بحثا للدكتور أشرف توفيق شمس الدين عن ماهية الفعل محل التجريم فى قضاء المحكمة الدستورية العليا.

(المؤتمر العلمى الأول لكلية الحقوق جامعة حلوان ـ دور المحكمة الدستورية العليا فى النظام القانونى المصرى سنة ١٩٩٨ ص ٦٤٩ وما بعدها).

تخلص المحكمة إلى إدانته بصفة باتة بعد اقتناعها بالأدلة الكافية على ثبوتها بما لا يدع مجالا لشبهة انتفائها[1].

وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ مكررا من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات، وتنظيم استعمالها على أساس أن النص المطعون فيه قد حدد تدابير لا يجوز توقيعها ضد شخص معين إلا فى إحدى حالتين هما، سبق الحكم عليه أو اتهامه اتهاما جديا أكثر من مرة فى جناية نص عليها القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها، على أساس أن هذه التدابير تنال جميعها من الحرية الشخصية لاتسامها بخصائص العقوبة وانطوائها على عبثها، وانصرافها إيلاما مقصودا، دون أن تقابلها أفعال أثمها المشرع وجودها تحديدا دقيقا[2]. وأضافت المحكمة الدستورية العليا إلى هذا المبدأ أن المشرع ربط التدابير التى حددها بخطورة إجرامية افترضها ووصم بها الشخص، وأن هذه الخطورة - وإن لم تفض بعد إلى جريمة بالفعل، إلا أن المشرع أقام بها صلة مبتسرة بين ماضيه وحاضره، دامجا بينهما، مستوجبا محاسبته عن تلك الحالة التى أنشأها، وقرنها بتتابع الاتهام، لتنحل إرهاصا بعودة الأشخاص الذين تعلق بهم مجال تطبيق النص المطعون فيه إلى الإجرام، بافتراض أنهم لا يعرفون لأقدامهم موقعها، ولا يقدرون للأمور عواقبها، وأن نزوعهم إلى الإجرام راجحا، حال أن مصائر الناس لا يجوز أن تعلق على غير أفعالهم التى يسألون عن حسنها أو قبحها، وكان اتهامهم ولو كان جديا ومتتابعا لا يعدو أن يكون شبهة قد لا يكون لها من ساق ولا يجوز بالتالى أن يردهم النص المطعون فيه جميعا إلى دائرة الخطورة الاجتماعية، ويلصقها دوما بهم، أيا كان مصير الاتهام الموجه إليهم، بل ولو قضى ببراءتهم، ليكون لغوًا وافتئاتا على الحرية الشخصية فى جوهر خصائصها، وهى بعد حرية لا يجوز تقييدها على خلاف أحكام الدستور التى لا تعتد إلا بالأفعال وحدها باعتبارها مناط التأثيم.

---

(١) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ السالف الإشارة إليه.

(٢) دستورية عليا فى ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٥ فى ٢٧ يونية سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٣٩.

وأكدت المحكمة الدستورية العليا أنه لا يتصور وفقا لأحكام الدستور أن توجد جريمة فى غيبة ركنها المادى ، ولا إقامة الدليل على توافر علاقة السببية بين مادية الفعل المؤثم والنتائج التى أحدثها بعيدا عن حقيقة هذا الفعل ومحتواه . ولازم ذلك أن كل مظاهر التعبير عن الإرادة البشرية ـ وليس النوايا التى يضمرها الإنسان فى أعماق ذاته ـ تعتبر واقعة فى منطقة التجريم ، كلما كانت تعكس سلوكا خارجيا مؤاخذا عليه قانونا ، فإذا كان الأمر غير متعلق بأفعال أحدثتها إرادة مرتكبها ، وتم التعبير عنها خارجيا فى صورة مادية لا تخطئها العين ، فليس ثمة جريمة(١) .

* وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١٨ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها وذلك فيما تضمنته من معاقبة من يخالف أحكام المادة الثانية من هذا القانون بعقوبة المخالفة إذا كان حسن النيه ، تأسيسا على أن ركن الخطأ فى الجرائم غير العمدية ، ليس إلا فعلا أو امتناعا يمثل انحرافا عما يعد وفقا للقانون الجنائى سلوكا معقولا للشخص المعتاد ، وكان تحديد مضمون الأفعال أو مظاهر الامتناع التى تقوم عليها هذه الجرائم ، من خلال بيان عناصر الخطأ ، بما ينفى التجهيل بها ، ضرورة يقتضيها اتصال هذا التجريم بالحرية الشخصية(٢) .

* وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن تأثيم المشرع لأفعال بذاتها حال وقوعها فى مكان معين ، مؤداه أن تعيين حدود هذا المكان بما ينفى التجهيل بأبعاده ، شرط أولى لصون الحرية الفردية التى أعلى الدستور قدرها(٣) .

* وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١٥ من القانون رقم

---

(١) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، الجريدة الرسمية العدد ٥١ فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٩٥ ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢ .

(٢) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ ، القضية رقم ٢٨ سنة ١٧ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢ .

(٣) دستورية عليا فى أول أكتوبر سنة ١٩٩٤ ، القضية رقم ٢٠ لسنة ١٥ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ قاعدة رقم ٢٨ ص ٣٥٨ .

٦٨ لسنة ١٩٧٦ فيما نصت عليه من عدم جواز دمغ المشغولات الذهبية إذا لم يقدم حائزها الدليل على دخولها البلاد بطريق مشروع ، لأن جريمة التهريب الجمركى من الجرائم العمدية التى لا يجوز أن تتوافر أركانها إلا بإرادة مرتكبها ، ولا تعتبر الشبهة التى تحيطها عملا ماديا أتاه جان[١].

* وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأحزاب السياسية الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار بقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩ . وكان من بين ما أسست عليه قضاءها أن النص المطعون فيه ـ وإن كان عقابيا إلا أنه خلا من بيان الأفعال التى أثمها ، والتى يعتبر إتيان المدعى لها واقعا فى دائرة التجريم ، وأن تحديد الأفعال التى كان ينبغى أن تقوم عليها الجرائم محل الاتهام الجنائى ، ضرورة يقتضيها اتصال هذه الجرائم بمباشرة الصحافة المهام التى ناطها الدستور بها[٢].

وفى هذا المعنى قضى المجلس الدستورى فى فرنسا فى ١٨ يناير سنة ١٩٨٥ اعتمادا على إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩ والمادة ٣٤ من الدستور الفرنسى ، بعدم دستورية المادة ٢٠٧/ ١ من النص المعروض عليه ، على أساس أنه لم يحدد عناصر الجريمة التى يهدف إلى المعاقبة عليها[٣]. وكان القضاء الفرنسى قد لاحظ منذ بداية هذا القرن أن المشرع حين وضع بجانب جريمة خيانة الأمانة جريمة اختلاس خاصة تحت اسم "malversation" لم يحدد عناصر هذه الجريمة وتركها لتقدير القضاة[٤]، مما أدى بمحكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار الجريمة قائمة فى حق السنديك إذا اتجهت إرادته إلى مخالفة التزاماته تجاه المدين[٥].

---

(١) دستورية عليا فى ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ العدد ٢٩ .

(٢) دستورية عليا فى ٣ يوليو سنة ١٩٩٥ القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢ ص ٤٥ .

(٣) Décision No.84-183 Dc du 18 Janvier 1985 Crim. 4 Juillet 1901, Bull No.190.

(٤) Crim. 4 Juillet 1901, Bull No.190.
Crim.11 Juin 1979, Bull, No.200.

(٥) Genevois, Chroniques, Annuaire, 1985, p.413-415.

٢٠١ـ جواز تحديد الفعل المادى من خلال ضابط عام لا يجهل مضمونه أو يثير اللبس حول حقيقته

أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر بأن اعتداد القانون بضابط عام يكون كاشفا عن ماهية الأفعال التى حظرها ومحددا لمضمونها، لا ابتداع فيه، وليس أمرا فريدا أو دخيلا طالما أن تحديد الأفعال يتم وفق أسس موضوعية. وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا[1] بأن البيّن من الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من قانون الجمارك الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ التى اعتبرت فى حكم التهريب تقديم مستندات أو فواتير مزورة أو مصطنعة أو وضع علامات كاذبة أو إخفاء البضائع أو العلامات أو ارتكاب أى فعل آخر يكون الغرض منه التخلص من الضرائب الجمركية كلها أو بعضها أو بالمخالفة للنظم المعمول بها فى شأن البضاعة الممنوحة؛ أن هذه الفقرة تواجه السلع التى لم تزل بعد وراء الحدود الخارجية للدائرة الجمركية، ولكن أفعالا اتصلت بها ترجح احتمال تهريبها. وتندرج هذه الأفعال تحت فئتين:

أولاهما، أفعال توخى المشرع بتجريمها حماية المصلحة الضريبية. وثانيتهما، أفعال توخى المشرع بتجريمها حماية المصلحة الاقتصادية للدولة فى غير مجالاتها الضريبية، وبوجه خاص فى مجال حماية الصناعة الوطنية وتأمين انتعاشها، وحدد المشرع هذه الأفعال كذلك بالنظر إلى مراميها، ذلك أن مرتكبها يؤاخذ عنها قانونا كلما سعى بمقارفتها إلى مخالفة النظم المعمول بها فى شأن السلع الممنوع استيرادها. وقالت المحكمة: إن قالة التجهيل بالأفعال المعاقب عليها وفقا لهذه الفقرة المطعون عليها لا محل لها، ذلك أن الأفعال التى انتظمتها هذه الفقرة محددة بطريقة واضحة لا التواء فيها وهى قاطعة فى اتجاهها مباشرة إلى الأغراض التى توختها لتأمين المصلحة المقصودة بالحماية. وقد ارتبط تأثيم الفئة الثانية من الأفعال التى نهت تلك الفقرة عن ارتكابها بالنظم المعمول بها فى شأن البضائع الممنوع استيرادها أو تصديرها، وهى نظم قائمة لم

---

(١) دستورية عليا فى ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٣ مارس سنة ١٩٩٤، العدد (٩ تابع).

يمتد الطعن الماثل إليهـا أو يتناولها بالتجريـم ـ أما الفئة الأولى من الأفعـال التى أثمها المشرع ـ وهى تلك التى ترمى إلى العدوان على محض المصلحة الضريبية ـ فقد دل الواقع العملى على صعوبـة حصرها وإيـرادها واحدا واحـدا، ذلك أن الطرق والـوسائل التى يبتـدعها المكلفـون بأداء الضريبة الجمـركية بقصـد التخلص منها، يتعـذر رصدهـا أو إحصاؤها أو تـوقعها، وهى تتنوع فى صورهـا تبعا لتطور العلوم التى تحمل معهـا ألوانا جديدة من المعرفة كان التنبؤ بها أو الإرهاص باحتمالاتها بعيدا. ولم يكن أمام المشرع من خيار فى مجال تحديد الأفعـال المنهى عنها، إلا أن يبينها من خلال ضـابط عام لا يجهل بمضمونها أو يثير اللبس حول حقيقتها، بل يحدد محتواها بالرجوع إلى مرماها أو الغرض المقصـود منهـا، جاعـلا ذلك منـاط تجريمهـا ارتكابها بقصـد التخلص من الضريبـة الجمركية المقررة على البضاعة التى يراد تهريبها.

وقد عـرف قانـون العقوبات أمثلـة أخرى للضابط العـام الذى يكشف عن مـاهية الأفعـال المحظورة ويحدد مضمـونها، مثـال ذلك المادة ١١٣ عقـوبات بشـأن جريمـة استيلاء الموظف العام على الأمـوال العامة وانتزاع حيازتها بقصـد تملكها بغير حق وبأية وسيلة يراها مؤدية إلى الحصول عليها. وكذلك المادة ٢٣٠ عقوبات بشأن جريمة القتل العمد، إذ تقع بجميع صور الاعتداء على حق الإنسان فى الحياة[١].

(١) انظر أيضـا فى إيراد هذين المثـالين دستورية عليـا فى ١٢ فبراير سنة ١٩٩٤ فى القضيـة رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، المشار إليها فى الهامش السابق.

المبحث الثـــانى

شخصية المسئولية الجنائية

تفترض شخصية المسئولية الجنائية قيام عنصرين :

(أولهما): مسئولية المجرم عن فعله الشخصى لا عن فعل الغير.

(ثانيهما): الإرادة الحرة لدى المسئول عن الجريمة ؛ وهو ما يتطلب ابتـداء أن يكون مدركا مميزا لفعله .

وفيما يلى نتحدث عن كل من هذين العنصرين فى مطلب مستقل

المطلب الأول

صدور الفعل من المجرم

٢٠٢ ـ الإسناد المادى للفعل

لايمكن اعتبار الشخص مسئولا جنائيا إلا عن فعله ـ أو امتناعه ـ الشخصى. فالشرط الأول للمسئولية يتمثل فى وجود علاقة مادية بين الجريمة والسلوك الشخصى للمسئول عنها. ويفترض هذا الإسناد المادى توافر عنصرين:

(١) مساهمة الشخص بفعله الشخصى فى الجريمة.

(٢) توافر علاقة السببية بين فعل المساهمة والنتيجة الإجرامية التى يعتد بها المشرع فى التجريم والعقاب.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا ضرورة توافر الإسناد المادى للفعل كضمان لشخصية المسئولية؛ فقالت بأن الأصل فى الجريمة، أن عقوبتها لا يتحمل بها إلا من أدين كمسئول عنها، وهى بعد عقوبة يجب أن تتوازن «وطأتها» مع طبيعة الجريمة موضوعها؛ بما مؤداه أن الشخص لا يزر غير سوء عمله، وأن جريرة الجريمة لا يؤخذ بها إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، وأن «شخصية العقوبة» و «تناسبها مع الجريمة محلها» مرتبطتان بمن يعد قانونا «مسئولا عن ارتكابها»، ومن ثم تفترض شخصية العقوبة ـ التى كفلها الدستور بنص المادة ٦٦ ـ شخصية المسئولية الجنائية، وبما يؤكد تلازمهما، ذلك أن الشخص لا يكون مسئولا عن الجريمة، ولا تفرض عليه عقوبتها، إلا باعتباره فاعلا لها أو شريكا فيها[1]. واستخلصت المحكمة الدستورية

---

(١) دستورية عليا فى ٣ يولية سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة ==

من هـذا المبدأ عـدم دستوريـة نص الفقرة الثـانية من المادة ١٥٥ من قـانون الأحـزاب السياسيـة الصادر بالقـانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ المعدل بـالقرار بقانـون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩ ، وأسست ذلك على أن المسئولية الجنائية التى قررها النص المطعون فيه فى شأن رئيس الحزب ، هى فى حقيقتهـا نوع مـن المسئوليـة بطـريق القياس ، فقـد ألحق المشرع مسئوليـة رئيس الحزب بمسئوليـة رئيس التحريـر، وربطها بها ، وجعلهـا من جنسها ، وأقامها من نسيجها ، وأضـاف إليها لتتبعها ثبوتا ونفيا ، وليحيلهـا إلى مسئولية مفترضة فى كل مكونـاتها وعناصرها ، فـلا تقوم الجريمة بها بناء على أفعـال محددة فصلها المشرع نـاهيـا رئيس الحزب عن إتيـانها بما لا غمـوض فيـه ، ولا إرادة واعيـة تعطيهـا دلالتهـا الإجرامية وتـوجهها وجهة بذاتها لبلوغ أغـراض معينها . هذا بالإضافـة إلى أن المسئولية الجنائية لرئيس الحزب لا يتصور تقريرها إلا بناء على افتراض مؤداه أن الصحيفة الحزبية زمامها بيده ، يستقل بأمورهـا ويهيمن عليها ، وأن إهمالا وقع منه فى مجال تقييم ما ينشر بها ، وهو افتراض لا يستقيم وطبائع الأشياء ، وتأباه العدالـة الجنائية ويناهض مقوماتها وقـواعد إدارتها . وثـانيهما ، أن هـذا الافتراض لو صـدق فى شأن رئيس الحزب ، لكـان مؤداه أن تقوم مسئوليته الجنائية استقلالا عن غيره ، ولخصائص ذاتية تكمن فيها محددة ملامحها ، ولصار لازما أن يراقب مادة النشر فى كل جزئياتها ، متخليا بذلك عن واجباته الحزبية بتمامهـا ، وقوامها أن يكون حـزبه أعرض قـاعدة ، وأكثر نفوذا ، وأبعـد تطورا ، وأعمق فهما لآمال أنصاره وطموحاتهم .

وأكدت المحكمة الدستورية العليا [(١)] فى صدد جريمـة التجمهر المؤلف من خمسة أشخاص على الأقل المعـاقب عليها بالقـانون رقم ١٠ لسنـة ١٩١٤ ، أن شرط تضامن المتجمهرين فى المسئـولية التى تقع تنفيـذا للغرض من التجمهر هـو ثبوت علمهم بهذا

= = أحكام الـدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢ ص ٤٥ ، ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ القضيـة رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية» ، المجموعة السابقة قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢ .

(١) دستوريـة عليا فى ٢٩ إبريل سنة ١٩٨٩ فى القضيـة رقم ١ لسنة ٩ قضائيـة «دستورية» ، مجموعـة أحكام الدستورية العليا جـ٤ قاعدة رقم ٢٩ ص ٢٢٨ .

الغـرض، وأن تكون نيـه الاعتداء قـد جمعتهم وظلت تصـاحبهم حتى نفذوا غـرضهم المذكور وأن تكون الجرائم التى ارتكبت قد وقعت نتيجة نشاط إجرامى من طبيعة واحدة ولم تكن جرائم استقل بها أحـد المتجمهرين لحسـابه دون أن يؤدى إليهـا السير العادى للأمور، وقد وقعت جميعهـا حال التجمهر، وأنه بذلك يكون المشرع قـد جعل من توافر أركان جـريمة التجمهر على الوجـه المعروف به قانـونا أمرا يتحقق به صـورة المساهمة فى الجرائم التى يرتكبها أحد المتجمهرين جاعلا معيـار المسئولية وتحمل العقوبة هو العلم بـالغـرض من التجمهـر واتجاه الإرادة إلى تحقيق هذا الغـرض، وكل ذلك بـاعتبـار أن الأصل فى الشريك أنه شريك فى الجريمـة وليس شريكا مع فاعلها يستمـد صفته هذه من فعل الاشتراك ذاته المؤثم قانونا.

وقـد أكد المجلس الـدستـورى فى فرنسـا القيمة الـدستـورية لهذا المبـدأ حين قضى بـدستـوريـة القانـون الصـادر فى ٦ ديسمبر سنـة ١٩٧٦ بشأن منع حـوادث العمل. فبمقتضى هذا القـانون يمكن تحميل صـاحب العمل الغـرامات والمصاريف القضـائية المحكوم بها على تابعـه - كلها أو بعضها - بسبب جريمـــة ارتكبها هذا التابع بـالمخالفة لقـواعد الصحـة أو الأمن أثناء العمل. فقـد ثار البحث عما إذا كـان إعفاء المتبـوع من المسئولية لكى تقع على صاحب العمل يعتبر مخالفا لمبدأ شخصية المسئولية؟

وقـد أجاب المجلس الـدستـورى بانتفـاء ذلك على أسـاس أن هذا الإعفـاء محض رخصة للمحكمة تمارسها فى ضوء ظروف الواقعة وظروف عمل المتبوع، وأن المحكمة لا تقـرر نقل المسئوليـة على صـاحب العمل بطـريقة آلية ، وإنما تفعل ذلك إذا وجـدت صاحب العمل قد ارتكب خطأ أو إهمالا أو على الأقل أتى سلوكا غير كاف [1].

---

(١) 2 Décembre 1976.

وانظر فى التعليق على هذا القرار

Favoreu; Grandes décisions du conseil constitutionnel, 8e édition, No.30,p.440

Favoreu; La constitutionnalisation du droit pénal, Mélanges Vitu, Edition cujas, 1989, p.192.

٢٠٣ـ السلطة التقديرية للمشرع فى تحديد الأفعال الشخصية المنسوبة إلى المجرم

يستقل المشرع من خلال ممارسة سلطته التقديرية فى تحديد النشاط الإجرامى للمسئول عن الجريمة وأشكال هذا النشاط، سواء كان النشاط إيجابيا أو سلبيا، وسواء كان النشاط مكونا للركن المادى لجريمة مركبة، أو متكررة، أو من جرائم الاعتياد. ويستوى بهذا النشاط أن تكون الجريمة وقتية أو مستمرة. كما يستوى فى تحديد مضمون هذا الفعل أن يقف عند البدء فى تنفيذ الجريمة أو قبل ذلك (أى فى مرحلة الشروع أو المحاولة)، أو أن ينتهى إلى تمام الجريمة. ويستوى أيضا أن يشترط القانون لوقوع الجريمة توافر ضرر معين أو الوقوف عند مجرد الخطر.

ويمارس المشرع الجنائى سلطته التقديرية من خلال السياسة الجنائية التى يتبعها. والمشرع فى هذا الشأن يخضع لأحد مذهبين أساسيين أو كليهما:

(أولهما): موضوعى أو مادى بحت يشترط أن يصل فعل الجانى إلى حد الاضطراب الاجتماعى أو الضرر المادى بالمصلحة سواء كانت شخصية أو عامة.

(ثانيهما): شخصى، ويتأثر بتعاليم المدرسة الوضعية التى تعتد بالخطورة الإجرامية، وتكتفى بمجرد إعلان الشخص لإرادته الإجرامية بأعمال خارجية تهدد المصلحة المحمية بالخطر.

وقد أخذ المشرع الجنائى المصرى بالمذهبين معًا، فآثر فى بعض الأحوال اتباع المذهب المادى، وتجلى ذلك فى الجرائم التى اشترط فيها وقوع ضرر معين من جراء فعل الجانى، وتسمى بجرائم الضرر. وآثر فى أحوال أخرى اتباع المذهب الشخصى، وتجلى ذلك فى الجرائم التى اكتفى فيها بوقوع خطر يهدد المصلحة المحمية من جراء فعل الجانى، واضعا فى اعتباره أن هذا الفعل فى حد ذاته يعبر عن خطورة مرتكبه، وتسمى بجرائم الخطر. وقد رأينا عند عرض الضمان السابق والمتمثل فى اشتراط أن يكون المجرم قد ارتكب فعلا ماديا، عدم الاكتفاء بتجريم حالته الخطرة المنبتة الصلة عن أفعاله المادية

التى يحاكم عنها. فالمشرع حين يمارس سلطته التقديرية فى تحديد الأفعال الشخصية المنسوبة إلى المجرم، يفعل ذلك فى دائرة الأعمال المادية الملموسة ويبتعد عن الصيغ القانونية المصطنعة والتى تفترض فى الحالة النفسية الخطرة ارتقاءها إلى مستوى الأفعال التى يمكن أن تكون محلا للتجريم.

ومن ناحية أخرى، يتقيد المشرع فى مباشرته سلطته التقديرية لتحديد الأفعال الشخصية المنسوبة إلى المجرم بمبدأ المساواة أمام القانون. ويلتزم المشرع باحترام هذا المبدأ عند تقديره للضرورة الاجتماعية والتناسب كضابط لتحديد أساس التجريم والعقاب مع مراعاة أن الاختلاف فى المعاملة لا يعنى بالضرورة الإخلال بمبدأ المساواة إذا كان هذا الاختلاف مبنيا على تفاوت المراكز القانونية، أو مراعاة المصلحة العامة أو مراعاة قصد المشرع. ويعتبر إخلالا بهذا الضابط إهدار المساواة أمام القانون، أو تحقيق عدم تناسب واضح بين الفعل محل التجريم والعقوبة المقررة له والتى تنعكس كذلك أحيانا فى وصف الجريمة لما يشير إليه هذا التفاوت من إهدار لمبدأ المساواة، سواء لعدم الاتفاق مع الهدف من القانون أو مع المصلحة العامة.

٢٠٤ـ أهمية قيام علاقة السببية على مبدأ شخصية المسئولية

لا تنفصل فكرة النشاط الإجرامى عن النتيجة، فكلتاهما فكرتان متلازمان لا غنى لإحداهما عن الأخرى؛ ومن ثم فإن الجريمة لا تقوم إلا إذا كانت النتيجة بناء على النشاط الإجرامى. ويحقق هذا التلازم القانونى بين النشاط الإجرامى والنتيجة رباطا ماديا بينهما لقيام الإسناد المادى للجريمة، وهو ما يعبر عنه بعلاقة السببية. وننبه فى هذا الشأن إلى رفض أية نظرية فى علاقة السببية يمكن أن تؤدى إلى مساءلة الشخص عن نتيجة لم تترتب من الناحيتين المادية والمعنوية معًا على فعله. فالصلة المادية بين الفعل والنتيجة أمر تتطلبه فكرة الإسناد المادى. كما أن الصلة المعنوية بين الاثنين تتطلبه أيضا الإرادة الواعية الحرة التى يجب توافرها فى حق المجرم كشرط لانعقاد مسئوليته الشخصية. ومن ثم، فإنه لا يكفى لانعقاد المسئولية ــ من الناحية

الدستورية ـ الأخذ بالمعيار المادى الذى تنادى به نظرية تعادل الأسباب[١]، ولا الأخذ بالمعيار الشخصى البحت الذى تنادى به النظرية الشخصية أو الغائية والتى تعتبر الجانى مسئولا عن كل نتيجة يستهدفها نشاطه وتتجه إليها إرادته بغض النظر عن ترتيبها من الناحية المادية بسبب فعله[٢].

ولعل أفضل النظريات التى تتفق مع شخصية المسئولية هى التى تجمع بين كل من العامل الموضوعى أو المادى والعامل النفسى فى إحداث النتيجة وقدرة الجانى من الناحية النفسية على التحكم فى هذه النتيجة، وأبرزها نظرية السببية الكافية. وقد استقر قضاء محكمة النقض على اعتناق معيار يجمع بين العاملين المادى والنفسى، فعرفت علاقة السببية بأنها علاقة مادية تبدأ بالفعل المتسبب وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله. إذا أتاه عمدا، أو خروجه فيما يرتكبه بخطئه عن دائرة التبصر بالعواقب العادية لسلوكه والتصون من أن يلحق عمله ضررا بالغير[٣].

وباستقراء قضاء محكمة النقض يتضح أنها اعتمدت فى تحديد مدى توافر علاقة السببية فى الجرائم العمدية على العوامل المألوفة أى المتوقعة لدى الشخص المعتاد[٤]، وهو بذاته جوهر نظرية السببية الكافية التى لا تساوى بين جميع العوامل المساهمة فى إحداث النتيجة، فلا تحمل المتهم غير مسئولية العوامل التى يتوقعها الشخص المعتاد، فهذه العوامل وحدها هى التى يجب عليه أن يتوقعها وقت مباشرة نشاطه الإجرامى. وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض بأن المتهم يكون مسئولا جنائيا عن جميع النتائج

---

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات القسم العام طبعة ١٩٩٦ ص ٣٣١ وما بعدها.

(٢) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات القسم العام، المرجع السابق ص ٣٣٢ و ٣٣٣.

(٣) قضاء مستقر مثاله نقض ١٤ إبريل سنة ١٩٨٣، مجموعة الأحكام س٣٤ رقم ١٠٨ ص ٥٤٤، ١٥ مايو سنة ١٩٨٦ س٣٧ رقم ١٠٩ ص ٥٥٣.

(٤) وعبرت عن ذلك أحيانا بالنتيجة التى تتفق والسير العادى للأمور (نقض ١٩ يناير سنة ١٩٩٣، مجموعة الأحكام س٤٤ رقم ١١ ص ١٠٨).

المحتمل حصولها من الإصابة التى أحدثها عن خطأ أو عمد، ولو كانت عن طريق غير مباشر بسبب التراخى فى العلاج أو الإهمال فيه، ما لم يثبت أنه كان متعمدا لتجسيم المسئولية[1]، أو صدر منه إهمال جسيم. وقد قضى بأنه إذا كان المجنى عليه قد قصر فى حق نفسه تقصيرا جسيما بنومه على القضبان المعدة لسير القطارات عليها وكان ذلك لمخالفته للمألوف بل للمعقول مما لا يمكن أن يرد على بال أى سائق، وكان لا يوجد من واجب يقضى بأن يستمر السائق طوال سير القطار فى إطلاق صفارته ولو لم يكن تحت بصره فى الطريق أشخاص أو أشباح، فإن علاقة السببية لا تكون متوافرة[2].

ومع ذلك فيلاحظ أن محكمة النقض حاولت فى بعض أحكامها القديمة إدخال فكرة القصد الجنائى فى رابطة السببية، فقالت بأن المتهم يعتبر مسئولا جنائيا عن كافة النتائج التى ترتبت على فعله مأخوذا فى ذلك بقصده الاحتمالى إذا كان عليه أن يتوقع كل هذه النتائج الجائزة الحصول[3]. وهذا الاتجاه فى ظاهره يربط بين فكرة السببية كعنصر فى الركن المادى للجريمة والقصد الاحتمالى كصورة من صور الركن المعنوى، مما دفع البعض إلى القول بأن اشتراط محكمة النقض «استطاعة التوقع ووجوبه» فى الجرائم العمدية موضعه الركن المعنوى للجريمة وليس علاقة السببية[4]. ولكن يلاحظ أن اشتراط وجوب التوقع مستمد من معيار الشخص المعتاد الذى تأخذ به نظرية السببية الكافية، فإذا كانت العوامل المقترنة بنشاط الجانى متوقعة لدى الشخصى المعتاد اعتبرت من الأمور التى كان يجب على الجانى أن يتوقعها. هذا بالإضافة إلى أن الركن المعنوى فى الجرائم العمدية لا يكتفى بمجرد وجوب التوقع، وإنما يشترط التوقع الفعلى للنتيجة مما يعنى أن محكمة النقض لم تقم جوهر الركن المعنوى فى علاقة

---

(١) مثال ذلك نقض ٢٦ مارس سنة ١٩٧٩، مجموعة الأحكام س٣٠ رقم ٧٩ ص ٣٨١، ٧ فبراير سنة ١٩٨٠ س٣١ رقم ٤١ ص ٢٠٠.

(٢) انظر نقض ٢٣ إبريل سنة ١٩٣٠، مجموعة القواعد جـ ص٦ رقم ٥٦١ ص ٨٠٣.

(٣) نقض ٢١ مارس سنة ١٩٣٨، مجموعة القواعد س٤ رقم ١٥٨ ص ١٧٢.

(٤) محمود نجيب حسنى، يشرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق ص ٣٤٢.

السببية[1]. وعلى هذا النحو استقر قضاء محكمة النقض على أن علاقة السببية فى المواد الجنائية علاقة مادية تبدأ بالفعل الذى اقترفه الجانى وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا أتاه عن عمد[2].

وواقع الأمر، أنه إذا كان الإسناد المادى للفعل عنصرا فى شخصية المسئولية، وكان هذا الإسناد لا يمكن أن ينفصل عن الإرادة الواعية التى كانت وراء الفعل، فإن علاقة السببية بطبيعة الحال تفترض توافر هذه الإرادة الواعية حتى يتحمل الجانى مسئوليته عن النتيجة المترتبة على فعله. وبالتالى، فإن علاقة السببية هى عن الفعل المادى الذى صدر عن إرادة حرة، لا عن مجرد هذا الفعل بعيدا عن تلك الإرادة، وإلا كان بحثها غير لازم قانونا إذا لم تكن هذه الإرادة قائمة وراء الفعل. فعلاقة السببية لا ينحصر مكانها فى مجرد الركن المادى للجريمة، بل هى فوق ذلك شرط لانعقاد المسئولية الشخصية.

ويلاحظ أنه فى الجرائم غير العمدية، استعارت محكمة النقض من الركن المعنوى جوهره وهو الخطأ غير العمدى، حين قالت بأن علاقة السببية تكون متوافرة بخروج

---

(١) يرى الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى (القسم العام طبعة سنة ١٩٦٢ المرجع السابق ص٣٤٥) أن القضاء المصرى لم يأخذ بمعيار السببية الكافية بناء على أن هذه النظرية قد أخذت بمعيار موضوعى هو ما فى النشاط الإجرامى من إمكانات لإحداث النتيجة، بينما أخذت محكمة النقض بمعيار شخصى هو استطاعة التوقيع ووجوبه. ولكن يلاحظ أن تقدير الإمكانات التى ينطوى عليها النشاط الإجرامى تتم على ضوء معيار الشخص المعتاد، وهو بذاته ما تأخذ به محكمة النقض للقول بمدى استطاعة التوقع ووجوبه.
وفى هذا الصدد يقول الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى أن مدى خطورة الفعل تتحدد وفقا لأغلب أنصار نظرية السببية الكافية على ضوء العوامل المتاحة لشخص مثالى يعلم بها لو كان ذلك فى غير استطاعة الجانى.
وقد سبق أن بينا مدى اختلاف أنصار النظرية فى هذا الصدد، فمنهم من اهتدى بعلم الجانى للشخص، ومنهم من أخذ بعين الاعتبار الشخص الواسع الذكاء، ومنهم من أخذ بمعيار الشخص المعتاد. وهذا الرأى الأخير هو الراجح فى نظرنا.

(٢) نقض ٨ نوفمبر سنة ١٩٧٦، مجموعة الأحكام س٢٧ رقم ١٩٤ ص ٣٨١، ٦ مارس سنة ١٩٧٨ س٢٩ رقم ٤٣ ص ٢٣٥، ٢٦ مارس سنة ١٩٧٩ س٣٠ رقم ٧٩ ص ٣٨١، ٧ فبراير سنة ١٩٨٠ س ٣١ رق ٤١ ص ٢٠٠، ١٣ نوفمبر سنة ١٩٨٠ س٣١ رقم ١٩٠، ٩٧٩ نقض ٤ فبراير ١٩٨٧ الطعن رقم ٤٧١٦ لسنة ٥٦ ـ غير منشور.

الجانى فيما يرتكبـه بخطأه من دائرة التبصر بالعـواقب العاديـة لسلوكـه والتصون من أن يلحق عمله ضررا بـالغير. وهذا القول ينطـوى على إدماج فكـرة الخطأ غير العمدى فى علاقة السببية، وهو مالا يتفق مع كونها عنصرا فى الركن المادى، وشرطا للمسئولية. إلا أن محكمة النقض اتجهت بعد ذلك إلى اعتنـاق نظرية تعادل الأسباب فى تحديـد علاقة السببية فى الجرائم غير العمـدية، فقـالت بأنـه يكفى لتوافـر رابطة الأسبـاب فى تحديد علاقة السببية فى الجرائم غير العمدية، فقالت بأنه يكفى لتوافر رابطة السببية بين خطأ المتهم والضرر الواقع أن تستخلص المحكمة من واقع الدعوى أنه لولا الخطأ المرتكب لما وقع الضرر[1]. ثم قالت بأن رابطة السببية كـركن من أركان جريمة القتل الخطأ تتطلب إسنـاد النتيجـة إلى خطأ الجانـى ومسـاءلتـه عنهـا طـالما كـانت تتفق والسير العـادى للأمور[2]. وواقع الأمر، أن تقدير ما يجب أن يتوقعـه الجانى من النتائج المألوفة حساب يفترض ابتداء توافر الإرادة الواعية قبل أن يدخل فى تقدير توافر الخطأ غير العمدى[3].

٢٠٥ ـ عدم دستورية المسئولية عن فعل الغير

تعتبر الجريمة من فعل الغير بـالنظر إلى الشخص الذى لم يساهم فيهـا بعمل مادى سواء بـاعتباره فاعـلا أو شريكا، فهو بـذلك غريب عن الجريمة المرتكبـة. ومن المقرر عدم مسئوليـة هذا الغير عن المسئولية لعـدم مساهمته فى الجريمة بفعل مـادى، بالمعنى

---

(١) نقض ٧ نـوفمبر سنة ١٩٧٧، مجمـوعة الأحكـام س٢٨ رقم ١٩٢ ص ٩٢١، ٢٧ نـوفمبر سنـة ١٩٧٨ س٢٩ رقم ١٢ ص ٨٣٦، ١١ ينـايـر سنـة ١٩٧٩ س٣٠ رقم ١١ ص ٧١ نقض ١٥ ديسمبر ١٩٨٢، مجموعة الأحكام س٣٣ رقم ٢٠٨ ص ١٠٠٤.

(٢) نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٦، مجموعة الأحكام س٢٧ رقم ١٧٨ ص ٩٣٨.

(٣) ومن أمثلـة ذلك أن محكمة النقض قضت بـأن المتهم بالقتل العمـد مسئـول عن وفاة المجنى عليـه التى لم تحدث إلا بعد علاج دام ثمانيـة وخمسين يوما طالما أنه كـان فى استطاعته ومن واجبه أن يتـوقع هذه النتيجة (نقض ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٣ الشرائع س١ رقم ١٨٥ ص ١٧٦) وفى صدد القتل الخطأ قضى بأن المتهم يكون مسئولا عن جميع النتـائج المحتمل حصولها عن الإصابة التى أحدثها ولو كـان عن طريق غير مباشر كالتراخى فى العـلاج أو الإهمال ما لم يثبت أنـه كان متعمدا ذلك لتجسيم المسئـولية (نقض ٨ مـارس سنة ١٩٦٥، مجموعة الأحكام ص١٦ رقم ٤٦ ص ٢١٥).

السالف بيانه. ومع ذلك، فقد يعلم الغير بالجريمة التى تقع بغير مساهمته فيها، أو تتجه إرادته إلى وقوعها دون أن يساهم فى ذلك بأى فعل مادى، وفى هذه الحالة لا يكفى ذلك لانعقاد مسئولية الغير عن الجريمة. إلا أن ذلك لا يخل بإمكان مساءلته عن جريمة خاصة إذا كان قد أسهم فيها بفعل مادى، كما إذا امتنع عن فعل معين أوجبه القانون، أو امتنع عن التبليغ عن الجريمة. هذا مع ملاحظة أنه إذا كان الشخص قد أخل بواجب قانونى امتنع عن مباشرته، وكان الامتناع عن أداء هذا الواجب قد أسهم فى حدوث النتيجة الإجرامية، فإنه لا يعتبر من الغير، ويمكن مساءلته عن الجريمة التى تمت بهذه النتيجة [1].

وقد عرف التشريع الجنائى المصرى بعض الحالات التى تثير مشكلة المسئولية عن فعل الغير. مثال ذلك، المادة ٥٨ من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين التى نصت على أن (يكون صاحب المحل مسئولا مع مديره أو القائم على إدارته عن كل ما يقع فى المحل من مخالفات لأحكام هذا المرسوم بقانون، ويعاقب بالعقوبات المقررة لها. فإذا ثبت أنه بسبب الغياب أو استحالة المراقبة لم يتمكن من منع وقوع المخالفة، اقتصرت العقوبة على الغرامة المبينة فى المواد من ٥٠ إلى ٥٦ من هذا المرسوم بقانون. وتكون الشركات والجمعيات والهيئات مسئولة بالتضامن مع المحكوم عليه بقيمة الغرامة والمصاريف). وكذلك المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح التى نصت على أن (يكون صاحب المحل مسئولا عن مديره أو القائم على إدارته على كل ما يقع فى المحل من مخالفات لأحكام هذا المرسوم بقانون ويعاقب بالعقوبات المقررة لها. فإذا ثبت أنه بسبب الغياب أو استحالة المراقبة لم يتمكن من منع وقوع المخالفة، اقتصرت العقوبة على الغرامة المبينة فى المادتين ٩ و ١٣). وكذلك نصت المادة ٣٨ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ فى شأن المحال العامة على أنه (يكون مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه مسئولين معًا عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون)، وكذلك نص المادة ١٩٥ من قانون العقوبات على أنه (مع عدم الإخلال بالمسئولية الجنائية بالنسبة لمؤلف الكتابة أو واضع الرسم أو غير ذلك من طرق التمثيل، يعاقب رئيس تحرير الجريدة، أو المحرر

---

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق بند ٢٢٦ ص ٣٤٤.

المسئول عن قسمها الذى حصل فيه النشر إذا لم يكن ثمة رئيس تحرير بصفته فاعلا أصليا للجرائم التى ترتكب بواسطة صحيفته.

ومع ذلك يعفى من المسئولية الجنائية :

(١) إذا أثبت أن النشر حصل بدون علمه وقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق للمساعدة على معرفة المسئول عما نشره.

(٢) أو إذا أرشد فى أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة، وقدم كل ما لديه من المعلومات والأوراق لإثبات مسئوليته وأثبت فوق ذلك أنه لو لم يقم بالنشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته فى الجريدة أو لضرر جسيم آخر). وكذلك أيضا مسئولية رئيس الحزب طبقا للمادة ١٥/ ٢ من قانون الأحزاب السياسية رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٩.

وإذا استقرأنا الحالات السابقة نجد أن صاحب المحل طبقا للمادة ٥٨ من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين، وطبقا للمادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديد الأرباح يعتبر مسئولا عن كل ما يقع فى المحل من مخالفات لأحكام كل من هذين المرسومين بقانون، كما يسأل عنها كذلك مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه فى شأن المحال العامة طبقا للقانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦، وتتقرر هذه المسئولية عن كل ما يقع فى المحل من جرائم بالمخالفة لأحكام أى من المرسومين بالقانونين المذكورين، ولو لم يصدر منهم فعل مادى يسهم فى ارتكاب أى من هذه الجرائم. وبالإضافة إلى ذلك، فإن صاحب المحل يظل مسئولا كذلك عن الجرائم التى تقع فى المحل طبقا للمرسومين بقانونين سالفى الذكر، ولو أثبت أنه بسبب الغياب أو استحالة المراقبة لم يتمكن من منع وقوع المخالفة، غير أنه فى هذه الحالة الأخيرة يقتصر الحكم عليه بالغرامة [١].

وبالنسبة إلى مسئولية رئيس التحرير، فإنه طبقا للمادة ١٩٥ من قانون العقوبات

---

(١) قضت محكمة النقض أن مساءلة مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه طبقا للمادة ٣٨ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ هى مسئولية أقامها المشرع وافترض لها علم هؤلاء بما يقع من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجودا بالمحل وقت وقوعها (نقض ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٩٣، مجموعة الأحكام س٤٤ رقم ١٣٧ ص٨٧٦).

نجد أنه أيا كانت الأعذار التى يقدمها رئيس التحرير للتخلص من المسئولية بإثبات انتفاء الإسناد المادى للجريمة إليه، وأن الجريمة تمت بغير علمه، فإنه يظل مسئولا كذلك عن الجرائم التى تضمنها المقال ولو كان النشر فى الجريدة قد حصل دون تدخله، ما لم يثبت أمورا لا علاقة لها بالجريمة ذاتها، هى أن يقدم منذ بدء التحقيق كل ما لديه من المعلومات والأوراق للمساعدة على معرفة المسئول عما نشر، أو الإرشاد أثناء التحقيق عن مرتكب الجريمة وتقديم ما لديه من معلومات وأوراق لإثبات مسئوليته، وكذا إثبات أنه لو لم يقم بالنشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته فى الجريدة أو لضرر جسيم آخر. ولاشك أنه فى هذه الحالة لا تتوافر المسئولية الشخصية لرئيس التحرير، لعدم اشتراط القانون صدور فعل مادى منه فى الجريمة التى تقررت مسئوليته عنها. ولذلك فإنه ما أن عرضت المادة ١٩٥ من قانون العقوبات على المحكمة الدستورية العليا، حتى قضت المحكمة بعدم دستوريتها [١]، على أساس أنها تتناقض مع شخصية المسئولية الجنائية التى تفترض ألا يكون الشخص مسئولا عن الجريمة، ولا أن تفرض عليه عقوبتها إلا باعتباره فاعلا لها أو شريكا فيها. وقد ردت المحكمة الدستورية العليا على مقولة أن النص المطعون فيه لا يقرر مسئولية عن عمل الغير، بل يثير المسئولية الشخصية لرئيس التحرير باعتباره مشرفا على النشر، مراقبا مجراه عملا بنص المادة ٥٤ من القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم الصحافة، وأن الوقائع التى تضمنها المقال والمعتبرة سبا أو قذفا فى حق الآخرين، ما كان لها أن تتصل بالغير إلا إذا أذن رئيس التحرير بنشرها لتكتمل بالنشر الجريمة التى نسبها النص المطعون فيه إلى رئيس التحرير، باعتبار أن ركنها المادى هو الامتناع عن مراقبة المقال، وأن ركنها المعنوى قد يكون هو العمد أو غير العمد؛ وقد أسست ردها على خمسة أسباب تتلخص فى أن الجريمة العمدية تقتضى توافر القصد الجنائى بشأنها علما من الجانى بعناصرها، ولا يكفى لوقوعها توافر مجرد الخطأ غير العمدى، وأن مسئولية رئيس التحرير لا تستقيم مع افتراض القصد الجنائى، وأنه لا يتصور فى جريدة تتعدد صفحاتها وتتزاحم مقالاتها وتتعدد مقاصدها، أن يكون رئيس التحرير محيطا بها جميعا ولا أن يزن كل عبارة تضمنتها بافتراض سوء نية من كتبها، ولا يجوز افتراض الخطأ فى

---

(١) دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧ (العدد ٧ تابع).

المسئوليـة الجنائية، وأن رئيس التحـرير وقد أذن بالنشر، لا يكـون قد أتى عملا مكـونا لجريمة يكـون به فـاعلا مع غيره، ذلك أن الشخص لا يعتبر فـاعلا للجـريمة إلا من خـلال أعمال بـاشرهـا تتصل بها وتعتبر تنفيذا لها، ولئـن جاز القـول بأن العـلانيـة فى الجريمـة التى تضمنهـا النص المطعـون فيـه، لا تتم إلا من خـلال الأمـر بنشر المقـال المتضمن قذفـا وسبا فى حق الآخرين، إلا أن مسئوليـة رئيس التحرير جنـائيا عن تحقق هذه النتيجة، شرطها اتجاه إرادته لإحداثها، «ومدخلها علما يقينيا بأبعاد هذا المقال».

ورغـم تأييدنا لكل الأسبـاب التى ساقتها المحكمة الدستوريـة العليا فى هذا الشأن إلا أننـا نلاحظ أن كـل هذه الأسبـاب تنصرف إلى إنكـار القصد الجنـائى أو الخطأ غير العمدى فى حق رئيس التحرير؛ وكلها أسباب تنصرف إلى إنكار المسئولية المفترضة التى تقـوم على افتراض الـركن المعنـوى. أمـا المسئـوليـة عن فعل الغير والتى تحدثت عنهـا المحكمـة الدستـوريـة العليا، فإنها تقـوم على نسبـة المسئوليـة إلى شخص لم يسهم فى ارتكابها بأى عمل مادى. ولا يكفى لانعقاد المسئولية الشخصية افتراض الركن المادى أو افتراض الـركن المعنوى، بـل يجب أن يتوافـر الـركنان معًـا يقينـا. على أنه فى صـدد مسئـولية رئيس التحـرير طبقـا للمادة ١٩٥ عقوبـات، تعتبر مسئوليتـه عن فعل الغير بسبب عدم اشتراط هـذه المادة صدور فعل مـادى منه إسهـاما منـه فى الجريمة. ومع ذلك تعتبر مسئوليته مفترضـة إذا توافر هذا الفعل المادى فى شأنـه (وهو الإذن بالنشر)، لأن نص المادة ١٩٥ عقوبات افترض توافر القصـد الجنائى فى حقه افتراضا. وبناء على ما تقدم، إذا نظرنـا إلى مسئولية رئيس التحرير وفقا للمادة ١٩٥ عقـوبات المقضى بعدم دستوريتهـا، نجد أنه قـد شابها عوار دستـورى من حيث تقرير كل من المسـئولية عن فعل الغير والمسئوليـة المفترضة فى آن واحـد. فقد أقامـت هذه المادة قرينـة قانـونية على افتراض القصد الجنـائى فى حق رئيس التحرير عـن جريمة لا تقع إلا عمـدا، إخلالا بأصل البراءة. ويرجـع عدم دستوريـة المسئولية المفترضـة (القائمـة على افتراض ثبوت الركن المعنـوى) إلى تأسيس المسئوليـة بناء على مجرد ارتكـاب الفعل المادى، استنادًا إلى قرينة قانونية بثبوت القصـد الجنائى (أو الخطأ غير العمدى) خلافا لأصل البراءة. هذا فضـلا عن أن افتراض الـركن المعنـوى فى الجريمـة يكشف عن عـدم تـوافـر الضرورة والتناسب فى التجريم والتناسب كما سنبين فيما بعد.

وقد سبق أن بينا بشأن مسئولية رئيس الحزب عما ينشر فى جريدة الحزب أن المحكمة الدستورية العليا قد لاحظت ـ بحق ـ أنه ألحق مسئولية رئيس الحزب بمسئولية رئيس التحرير وأضافها إليه لتتبعها ثبوتا ونفيا، دون أن تقوم على أعمال محددة فصلها المشرع ناهيا رئيس الحزب عن إتيانها بما لا غموض فيه، وأن المسئولية الجنائية لرئيس الحزب لا يتصور تقريرها بناء على افتراض لا يستقيم وطبائع الأشياء.

وطبقا لقضاء المحكمة الدستورية العليا أفل نجم المسئولية عن فعل الغير التى استخدمها المشرع فى بعض التشريعات، والتى سمتها محكمة النقض بأنها مسئولية مفترضة [1].

وفى فرنسا، ظهرت المسئولية عن فعل الغير صراحة فى بعض التشريعات وذلك فى بعض الجرائم الاقتصادية، وفى الجرائم التى تقع بالمخالفة لقانون العمل، أو بالمخالفة لقانون الضمان الاجتماعى [2]. وذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المسئولية الجنائية يمكن أن تنشأ عن فعل الغير فى حالات استثنائية حين تفرض بعض الالتزامات القانونية واجب القيام بعمل مباشر على الوقائع التى تصدر عن تابعه، مثل واجب مدير المشروع فى التحقق أثناء العمل من مراعاة اللوائح المفروضة لتحقيق المصلحة العامة [3]. كما نصت المادة ٤٢ من القانون الصادر فى ٢٩ يولية سنة ١٨٨١ بشأن الصحافة على أنه يعتبر فاعلين أصليين فى الجرائم التى تقع بواسطة الصحافة مديرو النشر أو التحرير مهما كانت مهنهم أو مسمياتهم؛ والمشتركون فى إدارة النشر (فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة الثالثة من المادة السادسة)، فإذا لم يوجد هؤلاء يعتبر

---

(١) انظر نقض ٥ مارس سنة ١٩٣٤، مجموعة القواعد جـ٣ رقم ٢١٥ ص ٢٤٧، نقض ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٤، مجموعة الأحكام س١٥ ص ٦٨٧، ٢٣ يونية سنة ١٩٧٥ س٢٦ ص ٥٦٧. ويلاحظ أن محكمة النقض قد أجازت هذه المسئولية على أساس أنها مسئولية خاصة أفرد لها المشرع تنظيما استثنائيا على خلاف القواعد العامة تغيا به تسهيل الإثبات فى جرائم النشر، مما لازمه امتناع التوسع فى هذا الاستثناء أو القياس عليه، ورتبت على ذلك عدم مسئولية رئيس مجلس إدارة الجريدة ونائبه لأنهما ليسا من الأشخاص الذين حددتهم المادة ١٩٥ عقوبات سالفة الذكر (نقض جنائى فى ٢٢ مارس سنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٥٩٤٢ لسنة ٥٣ قضائية).

(٢) انظر: Stefani, Levasseur et Bouloc, Droit pénal général, édition, Dalloz, 1994, No.353, 354, pp.276, 277.

(٣) Crim. 28 Fév 1956, J.C.P. 1956 - II - 9304.
Crim. 2 Mars 1958, Gaz. Pal, 1958 - II - 815.

المؤلفون فاعلين أصليين ؛ وعند عدم وجودهم ، يسـأل الطابعون ؛ وعند عدم وجودهم يسأل البائعـون والموزعون ولاصقو الإعلانـات . وقد سميت بـ «المسئوليــة التتابعيـة» "en cascade" لأنها تنعقد على أشخاص مختلفين ممن سـاهموا فى النشر، وذلك بالتتابع بحيث يعاقب أحدهم إذا أفلت من سبقه فى التتـابع من المسئولية بسبب عدم وجوده . وهى مسئولية منتقدة ، لأن طبيعة المسئولية الجنائية لا تتغير إلا وفقا لماهية وطبيعة الفعل الـذى أتاه الجانى لا وفقـا لوجـود أو غياب أشخـاص ساهموا فى هـذا الفعل [١]. وقد حاول جانب من الفقه تأسيس المسئـولية الجنائية لرئيس التحرير وفقا للقـواعد العامة ، فأسسها البعض على نظرية الفاعل المعنـوى ، وأسسها البعض الآخر على نظرية الخطأ المفترض ، بينما أسسها فـريق ثالث على الخطأ الشخصى ، وأسسهـا البعض الآخر على القصـد الجنـائى المفترض . ولم تنج هـذه النظـريـات من النقـد ، فـافتراض الخطأ غير العمـدى أو القصد الجنـائى يقـوم على قرينـة تتنـافى مع أصل البراءة فى المتهم . كما أن نظـرية الفـاعل المعنوى تعجـز عن تقديم حل لهذه المسئـولية . وكـذلك ، فإن اشتراط الخطأ الشخصى فى حق رئيس التحـرير سوف يـؤدى إلى تحميله المسئـولية عن جـريمة مستقلة عن الجرائم التى تقع بواسطة النشر باعتبار أنها جرائم عمدية بطبيعتها [٢].

وقد جاء قانون العقوبات الفرنسى الجديد فنص فى المادة ١٢١/ ١ على أنه (لا يسأل الشخص جنائيا إلا عن فعله الشخصى) . ويقرر هذا المبـدأ انتهاء نظرية المسئولية عن فعل الغير ووضعها فى محفوظات التاريخ [٣].

---

(٢) Tarek Sorour, La responsabilité pénale en matiére de presse, Thése de doctorat, 1995, Université pantheon - Assas Paris II, No.303, p.226.

(٣) انظر: Tarek Sorour, op. cit., No.525 - 565, pp.386-415.

وانظر: No. 568 - 600, pp.419-446.

(١) انظر الـدكتور محمد أبـو العلا عقيـدة ، الاتجاهات الحديثة فى قـانون العقوبـات الفرنسى الجديـد ، طبعة ١٩٩٧ ص٣٨ .

المطلب الثانـــى

الإرادة الآثمـــة

٢٠٦ـ ماهيتها

لا يكفى لتوافر التجريم أن ينصب على فعل ـ أو امتناع معين ـ ما لم يكن هذا الفعل وليد إرادة حرة تبعث هذا الفعل إلى الوجود. وتفترض الإرادة الحرة أن تكون وليدة أهلية جنائية يعترف بها القانون وهى الإدراك أو التمييز، وتعبر هـذه الأهلية عن قدرة صاحبها على توجيه إرادته إلى ما يخالف قانون العقوبات(١).

واشتراط هـذه الإرادة الحرة يعتبر ضمانا مهما لحمايـة الحقـوق والحريـات فى مواجهـة سلطة التجـريم والعقاب. فهى الربـاط الحيوى بين الفعل المادى وعقل صـاحبه(٢). فالفعل المادى يجب أن يريده صاحبه. وقد ثار الخلاف عما إذا كانت الإرادة الحرة تعتبر جزءا من الركن المادى أو جزءا من الـركن المعنوى، فهى المحرك للفعل المادى، وبدونها لا يقـوم الـركن المعنـوى (الإثم الجنـائى متمثـلا فى القصـد الجنـائى أو الخطأ غير العمدى)(٣). والصحيح أن الإرادة الحرة شرط للمسئوليـة الجنائيـة عن الجريمة، التى يكفى لوقوعها توافر الركنين المادى والمعنوى.

وقد أكـدت المحكمة الدستوريـة العليا فى مصر أن الأصل فى الجرائم، أنها تعكس تكوينا مركبـا من الفعل المادى والإرادة الحرة، وذلك باعتبـار أن هذه الإرادة هى التى تتطلبها الأمم المتحضرة فى مناهجها فى مجال التجريم بـوصفها ركنا فى الجريمة، وأصلا

---

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، طبعة ١٩٩٦، ص ٣٤٥ وما بعدها.

(٢) وقد عبر عن ذلك بالقول:

"A vital link between mind and body". (Smith and Hogan, Criminal law, fifth edition, London, Butterworths, 1983, p.37).

(٣) Smith and Hogan, Criminal law, pp. 35 - 37.

ثابتا كامنا فى طبيعتها، وليس أمرا دخيلا مقحما عليها أو غريبا عن خصائصها، بل أمر ثابت. وكأصل عام ألا يجرم الفعل ما لم يكن إراديا قائما على الاختيار الحر[١].

ويستخلص هذا الضمان مباشرة من مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليه فى المادة ٦٦/ ٢ من الدستور. فعندما يحظر المشرع الدستورى العقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون، فإنه يعنى بالضرورة إعطاء الفرصة للأفراد فى أن يحيطوا علما بالتجريم والعقاب قبل الإقدام على ارتكاب الفعل محل التجريم، وهو ما يفترض اعتداد المشرع الدستورى بالإرادة الواعية التى على أساسها يضع القواعد التى تكفل علم المخاطبين بالقانون الجنائى. فما فائدة هذا العلم، إذا لم تكن الإرادة الواعية عنصرا لازما فى تكوين الجريمة. ومن ناحية أخرى، فقد نصت المادة ٦٦/ ١ من الدستور على أن العقوبة شخصية. ولا تتحقق شخصية العقوبة ما لم تتحقق شخصية المسئولية التى ترتكز ضمن ما ترتكز على مبدأ الإرادة الحرة لمن تنعقد مسئوليته. وهذا ما استظهرته المحكمة الدستورية العليا فى قولها بأن الشخص لا يزر غير سوء عمله، وأن جريرة الجريمة لا يؤاخذ بها إلا جناتها، ولا ينال عقابها إلا من قارفها، وأن «شخصية العقوبة»، و«تناسبها مع الجريمة محلها» مرتبطان بمن يعد قانونا «مسئولا عن ارتكابها»، ومن ثم تفترض شخصية العقوبة - التى كفلها الدستور بنص المادة ٦٦ - شخصية المسئولية الجنائية، بما يؤكد تلازمهما[٢].

وواضح مما تقدم، أن المحكمة الدستورية العليا اعتبرت الإرادة الحرة شرطا لشخصية المسئولية الجنائية، بينما اعتبرت هذه الإرادة ركنا فى الجريمة، بينما يتعين الفصل بين الجريمة بركنيها المادى والمعنوى والمسئولية الجنائية [٣]. ومناط شخصية المسئولية يتوقف على كل من الفعل المادى والإرادة الحرة لصاحبها.

ويلاحظ تطبيقا لاعتداد المشرع الدستورى بالإرادة الحرة، بغض النظر عن حمايته

---

(١) دستورية عليا فى ٣ يولية سنة ١٩٩٥ القضية رقم ٢٥ سنة ١٦ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٢ ص ٤٥، ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢.

(٢) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥، القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢.

(٣) دستورية عليا فى ٣ يولية سنة ١٩٩٥، و٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ السالف الإشارة إليهما.

للحرية الشخصية (المادة ٤١/ ١)، نجد أنه قد نص على إهدار أى قول يثبت أنه صدر من مواطن تحت وطأة شيء من الإيذاء البدنى أو المعنوى، وعدم التعويل عليه (المادة ٤٢/ ٢)، وهو ما ينبع عن احترام الإرادة الحرة. وكذلك الشأن فى المادة ٤٣ من الدستور التى حظرت إجراء أى تجربة طبية أو علمية على أى إنسان بغير رضائه.

٢٠٧ـ أساس حرية الإرادة الآثمة

نلاحظ على قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر أنها قد حددت معنى حرية الإرادة فى حرية الاختيار بين الخير والشر. لتنحل الجريمة ـ فى معناها الحق ـ إلى علاقة ما بين العقوبة التى تفرضها الدولة بتشريعاتها، والإرادة التى تعتمل فيها تلك النزعة الإجرامية التى يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها، بديلا عن الانتقام والثأر المحض. وذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى أن تحديد مضمون الإرادة وقوفا على ماهيتها، وإن جاز القول بأنه مازال أمرا عسيرا، إلا أن معناها يدور بوجه عام حول النوايا الإجرامية أو الجانحة أو النوازع الشريرة المدبرة أو تلك التى يكون الخداع قوامها أو التى تتمحض عن علم بالتأثيم، مقترنا بقصد اقتحام حدوده لتدل جميعها على إرادة إتيان فعل بغيا[1]. وهذا الذى قالته المحكمة الدستورية العليا فى شرح مضمون الإرادة، يعتبر من قبيل التفسير التوجيهى، الذى يرشد السلطة المختصة بتطبيق نصوص القانون، فهو لا يهدف إلى تحديد النطاق القاعدى للنص المطعون عليه. فاشتراط الإرادة الحرة لوقوع الجريمة هو الذى يحدد هذا النطاق، أما تحديد معناها أو مضمونها فهو من قبيل توجيه السلطة المختصة بتطبيق هذا النص على سبيل الاستنارة، مع إعطائها سلطة تقديرية فى إقرار ما تراه[2].

ونحن لا نتفق مع هذا التفسير التوجيهى فى نقطتين؛ الأولى أن حرية الاختيار بين الخير والشر هى أحد المعايير التى قيل بها فى تحديد الأهلية الجنائية "Criminal

(١) دستورية عليا فى ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٥ فى ٢٧ من يونية سنة ١٩٩٦، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٤٨ ص ٧٣٩، ٣ يولية سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ فى ٢ من يولية سنة ١٩٩٥، المجموعة السابقة جـ٧ قاعدة رقم ٢ ص ٤٥.

(٢) انظر ما تقدم فى الجزء الأول من هذا الكتاب بشأن وسائل تفسير النصوص التشريعية التى تلجأ إليها المحكمة الدستورية العليا.

"capacity" والتى تعتمد على توافر الإدراك والتمييز. وينعدم الإدراك بفقد العقل (الذى يفقد الإدراك)، وينعدم التمييز بصغر السن (الذى يفقد التمييز)[1]. وقد نال هذا البحث اهتمام القضاء الأنجلوسكسونى، فقيل بأن الإنسان يفقد حريته فى الاختيار إذا كان غير قادر على التمييز بين الخير والشر[2]، وقيل بأن الإنسان لا تتوفر لديه حرية الاختيار إذا فقد فهمه وذاكرته وعجز عن معرفة ماذا يفعل أكثر مما يعرفه الصغير أو الوحش الكاسر[3]. ولكن هذين المعيارين لم يستقر عليهما القضاء. وقيل بأن حرية الاختيار تتوافر إذا كان صاحبها قادرا على التمييز بين الخطأ والصواب الذى يتطلب فى الشخص أن يعرف طبيعة وصفة الفعل الذى يرتكبه، فإذا كان عالما به، فإنه يجب أن يثبت لتوافر حرية الاختيار أنه كان يعرف أن من قام به يعتبر فعلا خاطئا[4]. إلا أن هذا المعيار الأخير بعد أن أخذ به جانب من القضاء الأمريكى عدل عنه بسبب اختلاف المحاكم فى تحديد مدلول الفعل الخاطئ. وذهب رأى آخر[5] إلى أن حرية الاختيار تتوافر إذا لم يكن لدى الشخص دافع نحو الجريمة يعجز عن مقاومته، فإذا فقد الشخص تماما السيطرة على سلوكه لا يمكن توجيه اللوم إليه. ويلاحظ أن جميع هذه المعايير تنصرف إلى قدرة الشخص على الإدراك، وهو شرط مفترض سابق على حرية الاختيار، فالإرادة الحرة تفترض أن تتوافر لدى صاحبها القدرة على توجيه إرادته إلى عمل أو امتناع معين، وما لم تتوافر لديه هذه القدرة عجز عن توجيه إرادته إلى الوجهة التى يراها. والأمر متروك لتقدير محكمة الموضوع.

ومن ثم، فلا يجوز الخلط بين حرية الاختيار؛ والإدراك الذى يعطى لصاحبه القدرة على ممارسة هذه الحرية وهو ما يدخل فى عناصر الأهلية الجنائية كشرط مفترض وأساسى لقيام المسئولية الجنائية[6].

---

(١) انظر: Glanville Williams, Text book of criminal law, London, Stevens and sons, 1978, pp. 587 - 598.

(٢) The Good and Evil test : مشارا إليه فى Jerome Michael. Criminal law, and its administration Chicago, 1940, p.809.

(٣) مشار إليه فى: "The wild beast test", Jerome Michael, op. cit., p.809.

(٤) " The Right and Wrong test", Mc Naghaten case, House of lords 1843, Jerome Michael op. cit., p. 810. Glanville Williams, p.591.

(٥) "The irrististible impulse test"; Jerome Michael, op. cit., p.821.

(٦) انظر مؤلفنا، الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق ص ٤٩٣ و ٤٩٧ و ٤٩٨.

أما النقطة الثانيـة التى نلاحظها على التفسير التوجيهى للمحكمة الـدستورية العليا فينصرف إلى ما عبرت عنه هذه المحكمة من أن معنى الإرادة ينصرف إلى النوايا الإجرامية أو الجانحة أو النوازع الشريرة أو تلك التى يكـون الخداع قوامها ، أو التى تتمحض عن علم بالتأثيم مقترنـا بقصد اقتحام حدوده . فهـذا القول يخلط بين مطلق الإرادة الحرة ، وبين الميول الإجرامية التى يؤخذ بها فى الاعتبـار عند تحديد الخطورة (وهو ما عبرت عنها المحكمة بالنوازع الشريـرة) ، وبين القصد الجنائى (وهو ما عبرت عنه المحكمـة بالنوايا الإجرامية أو الجانحة أو التى تتمحض عن علم بالتأثيم مقترنا بقصد اقتحام حدوده) . ولاشك أن كلا من هذه المعـانى له منطقته القانونية ؛ فـالإرادة الحرة هى مناط شخصية المسئولية فى جميـع الجرائم عمدية وغير عمديـة ؛ والخطورة الإجرامية المعبر عنهـا بالميول الإجراميـة هى مناط تفريـد العقوبة مع غيرهـا من المعايير؛ والقصد الجنـائى المعبر عنه بصيغ شتى هو الركن المعنوى فى الجرائم العمدية "mens rea" .

وقد ثار البحث عن مدى مسئولية المتهم فى حـالة السكر الاختيارى الذى يؤدى إلى فقـد الإرادة الحرة . ولاشك أن هذا الفقـد من شأنه أن يـؤدى إلى انعدام المسئـولية تبعـا لانعـدام الإدراك ، إلا أن خطورة فعل الجانى بإقـدامـه على السكر الاختيـارى أدى إلى محاولة تقرير نوع من المسئولية الجنائية على السكر باختياره . فتشعبت الاتجاهات فى هذا الصدد بين اتجاه ينادى بالمسئولية غير العمدية ، واتجاه ينادى بالمسئولية العمدية بناء على القصد الاحتمالى[(١)]، واتجاه ينادى بالمسئـولية العمدية بعد استبعـاد القصد الخاص وقد أخـذت محكمـة النقض بهذا الاتجاه الأخير[(٢)]، والـذى يتفق مع القضـاء الإنجليـزى والأمريكى[(٣)].

وفى رأينا أن شخصية المسئـولية الجنائية ، تتأبى قيام المسئوليـة على شخص لا يتوافر لـديه الإدراك ؛ لأن حـرية الاختيـار تتطلب الإدراك . ولا يمكن أن يكون فعل السكـر الاختيارى مبررا لافتراض المسئولية عن جريمة لم يـدرك فعلها ولم يرده باختياره الواعى . ونرى أن المسئولية الجنائيـة عن الجريمة التى تقع تحت تأثير السكر الاختيارى ، يجب أن تكـون عن جريمـة مستقلة بـذاتها لا عن ذات الجريمة التى قـارفها تحت تأثير السكـر الاختيارى الـذى أعدم إدراكه وحـريته فى الاختيار. وهـذا الرأى يتفق مع مـا قضت به

---

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات ، القسم العام ، طبعة ١٩٩٦ ص ٥٠٤ وما بعدها .

(٢) قضاء مستقر منا له نقض ١٣ أكتوبر سنة ١٩٨٣ ، مجموعة الأحكام س ٣٤ ص ٨٢٩ .

(٣) انظر: Smith and Hogan, Criminal law, p.36.

المحكمة الدستورية الإيطالية بتاريخ ١٦ إبريل سنة ١٩٩٨ بعدم دستورية المادتين ٩٤ و٩٥ عقوبات إيطالى التين تقرران مسئولية المدمنين على السكر أو تناول المخدرات عن بعض الأعمال غير المشروعة، على أساس أنه من الضرورى أن يتوافر لديهم اختلال فى التوازن الكيميائى الحيوى biochimique الذى يحدد الحالة النفسية الباثولوجية للمتهم ويؤدى إلى اختلال حركته العقلية وسير إرادته، الأمر الذى لا يجوز معه اعتبار المدمنين على السكر أو المخدرات مسئولين عن أفعالهم. وقد تعرض هذا الحكم لنقد شديد من الفقه الإيطالى استنادا إلى اعتماده على معلومات وصفت بأنها خاطئة عمن يقع تحت تأثير المخدر ووصفه شخصا مسلوب الإرادة، والقول بأن هذا الحكم يعتبر بمثابة رخصة بالقتل تعطى للسكارى والمدمنين. إلا أنه رد على ذلك بأن هذه الانتقادات لا سند لها، لأن هذا الحكم أكد قاعدة محددة لا تعتبر فى حد ذاتها غير معقولة، وأن المحكمة شقت طريقها بشجاعة، وأن المستقبل وحده ـ والعلم كذلك ـ سوف يحدد ما إذا كان هذا الطريق صحيحا أم لا[١].

٢٠٨ ـ اشتراط الإثم فى الإرادة الحرة لقيام الجريمة

باستقراء سياسة التجريم فى المجتمعات القديمة يتضح أن التجريم كان ينصرف إلى مجرد الفعل المادى (أو الامتناع)، وأن الإسناد المادى للسلوك كان كافيا وحده لانعقاد المسئولية، وهو ما يعرف باسم المسئولية المادية أو المفترضة. وجاء القانون الرومانى فاهتم بدور الإرادة الآثمة المشوبة بالعمد أو الخطأ فى قيام الجريمة واعتبارها ركنا لا غنى عنه. وخلافا لذلك، فقد اهتم القانون الجرمانى بالنتائج الضارة للسلوك دون عبرة بإثم الجانى، وانصرف التجريم إلى مجرد السلوك المادى، حتى قيل بأن العمل هو الذى يحاكم الإنسان.

أما القانون الكنسى، فقد اهتم بفكرة الخطأ فأصبحت الإرادة الآثمة شرطا لاغنى عنه فى الجريمة. وسار على ذلك القانون الفرنسى قديما وحديثا وغيره من التشريعات الحديثة[٢]. ويهمنا فى هذا المجال تحديد وضع الإرادة الحرة المقترنة بالإثم الجنائى (القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى). فى سياسة التجريم.

وقد اتجه أنصار النظرية الموضوعية فى التجريم والتى تنظر إلى الجريمة بوصفها مجرد

---

(١) انظر: Annuaire International de justice constitutionnalle, 1998, pp. 870, 871.

(٢) Mecadel, op. cit., Rev. Sc. Crim, 1967, pp.57.

واقعة إجرامية أو فعلا ماديا خالصا، إلى عدم إنكار دور الإرادة الحرة، فذهب البعض إلى أنه رغم التعريف المادى للجريمة، فإنه لابد من توافر المسئولية الشخصية للجانى بوصفها فكرة مستقلة عن الجريمة لأنها لا تتعلق بالواقعة، وإنما تمس المجرم الذى ارتكبها والذى سيتحمل نتائجها العقابية[1]. ويكون ذلك بتأسيس المسئولية على أسس موضوعية بحتة[2].

ونادى البعض الآخر، وهو الفقيه الألمانى فلتسل بما يسمى بالنظرية الغائية[3]، ومقتضاها أن كل سلوك إنسانى لا ينظر إليه بوصفه مجرد واقعة ذات سببية لنتيجة معينة، وإنما باعتباره نشاطا يهدف إلى غاية معينة، فهو إذن غائى، أى ينطوى على غاية فى ذهن صاحبه، وأنه لا يمكن لأحد أن يعالج علاقة السببية بعيدا عن هذه الغاية. وطبقا لهذه النظرية استغنى فلتسل عن الركن المعنوى للجريمة، لأن النشاط الإجرامى فى نظره لا يمكن فصله عن مضمونه الغائى، مما ينبنى عليه عدم إمكان فصل القصد الجنائى فى الجرائم العمدية عن السلوك الصادر من الجانى لأنه هو الذى يوجه إرادته ويحدد غايته ويعطيه معناه. كما لا ينفصل هذا السلوك فى الجرائم عن الخطأ غير العمدى، لأن الصفة الغائية لإرادة السلوك فى هذا النوع من الجرائم تتكون من إمكان توقع النتائج الممكن حدوثها عنه، وقدرته على تجنبها. وهكذا يتضح أن هذه النظرية قد أدمجت الإثم الجنائى فى الركن المادى فخلطت بين الركنين المعنوى والمادى.

وذهب رأى إلى أن الإرادة الآثمة تلعب دورا سلبيا فى التجريم، فالجريمة تقع بمجرد الفعل الذى يعاقب عليه القانون، ولكن الجانى يستطيع أن ينفى المسئولية بتقديم عذر معين يوضح الظروف الذهنية التى اقترف فيها الفعل. وهذا العذر إما أن يؤدى إلى اعتبار جريمته غير عمدية، أو اعتباره غير مسئول عنها، وذلك طبقا لطبيعة هذا العذر، ويتوافر القصد الجنائى عند الجانى إذا عجز عن تقديم أى نوع من

---

(١) Merle et Vitu, Traité, p.260.

(٢) انظر الدكتور أحمد عوض بلال، المذهب الموضوعى وتقلص الركن المعنوى للجريمة، سنة ١٩٨٨ ص ٦٣ وما بعدها.

(٣) انظر:
Maeller, Causing crimimal harm, Essays in criminal science, London, 1961, pp.200 - 205.
مأمون سلامه، النظرية الغائية للسلوك، المجلة الجنائية القومية سنة ١٩٦٩ العدد الأول، ص ١٢٩ وما بعدها.

الأعذار. ووفقا لهذا الـرأى، تتوافر قرينـة القصد الجنائى فى حق الجانى بمجـرد ارتكابه السلوك الإجرامى[1]. وهـذا الرأى فضـلا عن خطئـه حين أقـام القصد بنـاء على مجرد الافتراض وقع فى خطأ آخر حين توهم أن الخطأ غير العمدى يتـوافر بمجرد نفى القصد الجنـائى، وذلك لأن هذا الخطأ لـه مظهر إيجابى وهـو الانحراف عن سلـوك الشخص المعتاد.

أما عن النظـرية الشخصيـة فى التجريم، فقد أنكـرت السياسة الجنائية الـوضعية الإرادة الحرة بإنكارها أهميـة العمل المادى المكون للجريمة واعتمـد التجريم بذلك على خطورة المجرم.

والـواقع من الأمـر، أن دور الإرادة الآثمـة فى التجريـم يتوقف على وظيفـة قـانـون العقوبات، فهل هذا القانـون أراد مجرد إصلاح أضرار معينة أو أراد تأكيد شرعية بعض التصرفات، أم أنه يقوم بدور اجتماعى تـربوى يهدف إلى حمل الناس على الالتزام بأنواع معينة من السلوك، ومنعهم من مخالفتها؟

إن هذا المعنى الأخير، هـو الذى يستهدفـه قانـون العقوبات من خـلال التجريم. والإرادة الآثمة للجانى ليست إلا تعبيرا عن اتجاهه نحو الحد من الانحراف عن السلوك الذى يتطلبـه القانـون من الأفراد، وليـس مجرد عملية نفسية بحتـة بعيدة عـن السلوك المادى. فالاتجاه نحـو ارتكاب الجريمة يتضمن حتما تـوافر الإرادة والتقديـر والقرار من جانب المجرم. وتوافر هذا الاتجاه يخضـع إلى درجة كبيرة لظروف وحالة المجرم فى مجتمع معين. وبناء على ذلك، فإن الإرادة الآثمـة فى فعل معين لا تعنى إرادة شخص منعزل عن المجتمع، وإنما هى إرادة شخـص عضـو فى المجتمع أى أنها تتحـدد بـالنظـر إلى المجتمع أيضا لا بالنظر إلى مجرد علاقتهـا بشخص صاحبها، ولذلك فإن تجريم الفعل الماس بالمصلحة الاجتماعية يجب ألا يغفل فى الوقت ذاته عن درجة الإثم فى إرادة الجانى فى ارتكـاب هـذا الفعل "Mens rea"؛ لأن هـذه الإرادة تفصح أيضـا عن انحـراف صاحبها عن مقتضيات الحياة الاجتماعية ولا تعكس مجرد شعور ذاتى داخل النفس.

وتحدد سيـاسة التجـريم مدى دور الإرادة الآثمـة فى التجـريم. وقد تتأثـر فى ذلك

---

(١) Packer; Herbert; The limits of the criminal sanction, Stanford University press, 1968, pp.104.

بطبيعة الجرائم المستحدثة التى يصطنعها المشرع لمواجهة ظروف طارئة، فتعمد إلى عدم اشتراط القصد الجنائى والاكتفاء بمجرد الخطأ غير العمدى. وتسيطر على المشرع فى هذا الصدد اعتبارات تنظيمية معينة فتدفعه إلى التزامات أكثر شدة ودقة تتفق مع واجبات الشخص البالغ الحذر مما يقتضى فرض مزيد من الانتباه على المواطنين[1].

وفى هذا الصدد، أكدت المحكمة الدستورية العليا[2] ـ بحق ـ أن الأصل فى الجرائم العمدية جميعها أنها تعكس تكوينا مركبا باعتبار أن قوامها تزامنا بين يد اتصل الإثم بعملها، وعقل واع خالطها، ليهيمن عليها ويكون محددا لخطاها، متوجها إلى النتيجة المترتبة على نشاطها، فلا يكون القصد الجنائى إلا ركنا معنويا فى الجريمة مكملا لركنها المادى، ومتلائما مع الشخصية الفردية فى ملامحها وتوجهاتها، وأن هذه الإرادة الواعية هى التى تتطلبها الأمم المتحضرة فى مجال التجريم بوصفها ركنا فى الجريمة، وأصلا ثابتا كامنا فى طبيعتها، وليس أمرا فجا أو دخيلا مقحما عليها أو غريبا عن خصائصها، لتنحل الجريمة ـ فى معناها الحق ـ إلى علاقة ما بين العقوبة التى فرضها المشرع، والإرادة التى تعتمل فيها تلك النزعة الإجرامية التى يتعين أن يكون تقويمها ورد آثارها بديلا عن الانتقام والثأر من صاحبها وغدا أمرا ثابتا ـ وكأصل عام ـ ألا يجرم الفعل ما لم يكن إراديا قائما على الاختيار الحر، ومن ثم مقصودا. واستطردت المحكمة الدستورية العليا قائلة بأنه إذا لم يقصد الجانى إحداث النتيجة الإجرامية، بأن كان لا يتوقعها، أو ساء تقديره بشأنها، فلم يتحول لدفعها ليحول دون بلوغها، فإن الجريمة تكون غير عمدية يتولى المشرع دون غيره بيان عناصر الخطأ التى تكونها، وهى عناصر لا يجوز افتراضها أو انتحالها، ولا نسبتها لغير من ارتكبها، ولا اعتباره مسئولا عن نتائجها إذا انفك اتصالها بالأفعال التى أتاها.

ويلاحظ أن المشرع كثيرا ما يلجأ إلى افتراض الركن المعنوى فى ضوء حيازة المتهم لأشياء معينة، أو فى ضوء وضعه المهنى. وقد رأينا موقف المشرع المصرى فى بعض التشريعات حين افترض العلم بالغش لدى المشتغلين بالتجارة (القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١)، وافترض العلم بالتهريب من مجرد حيازة بضائع بقصد الاتجار إذا لم يقدم

---

(١) Mercadal, op. cit., Rev. Sc. Crim. 1967, p.47.

(٢) دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، سالف الإشارة إليه.

الحائز لها المستندات الدالة على سداد الضرائب . (المادة ١٢١ من قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣) . هذا الموقف الذى واجهته المحكمة الدستورية العليا حين قضت بعدم دستورية ما أقامه المشرع من قرائن تضع هذا الافتراض[١]. ورأينا أيضا موقع المشرع المصرى حين افترض الركن المعنوى فى حق رئيس التحرير (المادة ١٩٥ عقوبات)، وهو ما قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته[٢].

ونتبه إلى أن اشتراط الإثم (القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى) فى الإرادة الحرة مما يدخل فى تكوين الجريمة تحت مسمى الركن المعنوى للجريمة . فإذا اقتصر القانون على اشتراط الركن المادى دون الركن المعنوى، اعتبر مخالفا للدستور لقيام التجريم على غير ضرورة وتناسب . فإنكار الركن المعنوى فى الجريمة لا يتفق مع الضرورة الاجتماعية ويكشف عن عدم تناسب ظاهر مع العقوبة المقررة للفعل . أما إذا تطلب القانون توافر الركن المعنوى ثم أقام قرينة على توافره، تنعقد مسئولية مفترضة لا تتفق مع مبدأ شخصية المسئولية، فضلا عن تعارضها مع أصل البراءة .

وفى ضوء ما تقدم، لا يجوز الخلط بين المسئولية عن فعل الغير والمسئولية المفترضة، فالأولى تنصب على مساءلة الغير عن جريمة لم يسهم فى ركنها المادى . والثانية تنصب على مساءلة الغير عن جريمة لم يسهم فى ركنها المعنوى، بل يفترض فى حقه توافر هذا الركن افتراضا . وهو ما سبق أن أوضحناه فيما تقدم .

والخلاصة، أن إهدار شخصية المسئولية يتوافر فى حالتين :

(الأولى)، المسئولية عن فعل الغير، وتكون عند افتراض الركن المادى .

(الثانية)، المسئولية المفترضة، وتكون عند افتراض الركن المعنوى(الإثم الجنائى متمثلا فى القصد الجنائى أو الخطأ غير العمدى)، وكذلك ـ بطبيعة الحال ـ عند إهدار الإرادة الحرة التى لا يقوم الإثم الجنائى بدونها .

---

(١) انظر فى عدم دستورية النص الخاص بقرينة العلم بالغش فى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ . دستورية عليا فى ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، وانظر فى عدم دستورية المادة ١٢١ من قانون الجمارك . دستورية عليا فى ٢ فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية .

(٢) دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٩٧ (العدد ٧ تابع).

المبحث الثـــالث
عدم جواز المساس بجوهر الحقوق والحريات

٢٠٩ـ المبدأ

بينا فيما تقدم أن التوازن بين الحقوق والحريـات وسائر القيم الدستورية، بما فى ذلك المصلحـة العامـة. يجيـز تجريم بعض أنواع السلـوك والعقـاب عليها بشرط أن يستنـد التجريم والعقـاب على أساس من الضرورة الاجتماعية والتناسب. إلا أن هـذا التدخل الجنائى لا يجوز بحسب الأصل أن يكون مدخلا للمســاس بجوهر الحقوق والحريات. فالتـوازن يتطلب وضع الحدود لممارستها دون أن يتطلب أو يسمح بتقييدهـا بما ينال من جوهرها أو محتواها.

ويـدق الأمـر بـوجـه خاص بـالنسبـة إلى الحقـوق والحريـات التى تتمتع بـالحمايـة الدستورية، ففى هذه الحالة لا يجوز للمشرع أن ينظم ممارسة هذه الحقوق والحريات إلا بالتوازن مع غيرها من القيم الدستورية، فى حدود سلطتـه التقديرية ما لم يقيد الدستور هذه الممارسة بضوابط تحد من إطلاقها، تعتبر تخومًا لها لا يجوز اقتحامها أو تخطيها[١].

وقد عبرت عن ذلك المحكمة الـدستورية العليا فى قولها بأن السلطة التقـديرية التى يملكها المشرع فى موضـوع تنظيم الحقوق حدها قـواعد الدستور، فـلا يجوز تخطيها وأنه من المقرر أن الحقـوق التى كفل الدستور أصلها لا يجوز تقييـدها بما ينال منها، تقـديرا بأن لكل حق مجالا حيويـا أو دائرة منطقية يعمل فى إطارها، فـلا يجوز اقتحامها، وإلا كان ذلك نقضـا لفحواه، وعـدوانا على نصوص الـدستور ذاتها[٢]. وأكدت المحكمة

---

(١) دستورية عليـا فى ١٨ مايو سنة ١٩٩٦، القضية رقم ٣٨ لسنـة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٤٠ ص ٦٣٧.

(٢) دستـورية عليـا فى ١٥ نـوفمبر سنة ١٩٩٧ فى القضيـة رقم ٥٦ لسنـة ١٨ قضائيـة «دستـورية»، الجريـدة الرسمية العدد (٤٨) بتاريخ ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٩٧.

الدستورية العليا هذا المعنى فى قولها بأن الدستور يتضمن أصلا قيما وحقوقا لها مضامين موضوعية كفل حمايتها، وحرص على أن يـرد كل عدوان عليها من خلال حق التقاضى حتى يظل محتواهـا نقيا كامـلا، فلا تفقـد قيمتها أو تنحدر أهميتهـا، ولا تنفصل هذه القيم وتلك الحقوق عن الـديمقراطيـة محدد معناها وفق أكثـر أشكالها تطـورا، ولكنها تقارنها، وتقيم أسـاسها، وتكفل إنقاذ مفاهيمهـا، بل إنها أكثر اتصالا بذاتيـة الفرد، وبتكامل شخصيته، وبحفظها لكرامته، فلا تكون الحرية معها شعارا، بل توهما فاعلا ومحيطا[1]. وقالت بأنه يجب أن تكون الأفعال التى جرمها القانون قاطعة فى بيان الحدود الضيقة لنواهيها، فلا تتداخل معها أفعال مشروعة يحميها الدستور[2].

٢١٠ـ العقوبات التى لا تتفق مع المبدأ

وتطبيقا للمبدأ المتقدم، قضت المحكمة الدستـورية العليا فى حكمها المذكور بعدم دستـورية الفقـرة الأولى من المادة الثامنـة من القانـون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ التى تحظـر احتجاز الشخص فى البلد الواحد أكثر من مسكن دون مقتض، وسقوط المادة ٧٦ من هـذا القانـون التى تفرض جـزاء جنائيـا فى شأن من يخالفون هـذا الحظر. وقـد أسست المحكمة الدستورية هذا القضـاء على مساس التشريع بمجموعة من الحقوق والحريات التى كفلها الـدستور، وهى حرية التعـاقد باعتبارهـا من الخصائص الجوهرية للحـرية الشخصية ووثيقة الصلة بالحق فى الملكية، وبالحق فى الملكية الخاصة، وبحرية الانتقال غدوا ورواحا بما تشتمل عليه من حق مغادرة الإقليم[3]. وعدم جواز إبعاد المواطن عن بلده، وحق المواطن فى الهجرة الـدائمة أو الموقوتة، والحق فى الحيـاة الخاصة. وأضافت المحكمـة الدستـورية العليـا بأن نص المشرع على إنهاء العمل بالعقـود التى تم إبرامهـا بالمخـالفة لمضمونـه، يعتبر أخذا للملكية مـن أصحابها بغير اتباع الـوسائل القانـونية السليمة، بعـد أن فقد أصحـابها سند ملكيتهم بمقتضى قاعـدة آمرة لا يملكـون منها فكاكا.

---

(١) دستوريـة عليا فى ١٢ فبرايـر سنة ١٩٩٤ فى القضيـة رقم ١٠٥ لسنـة ١٢ قضائيـة «دستوريـة»، الجريدة الرسمية فى ٣ مارس سنة ١٩٩٤، العدد (٩ تابع).

(٢) دستورية عليا فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ سالف الذكر.

(٣) أوردت المحكمة الـدستورية العليـا فى أسباب حكمها السـالف الإشارة إليه بأنـه يجوز للمشرع أن يتدخل لموازنة حرية الانتقال بمصلحة يقتضيها الأمن القومى.

وتأكيدا لذات المبدأ، قضت المحكمة الدستورية العليا بأن النص على عدم رد البضائع المضبوطة إلى أصحابها وفقا لنص الفقرة الثالثة من المادة ١٢٤ مكررا من القانون الجمركى، يعنى أن تحل الدولة محلهم فى ملكيتها، وفى أن تؤول هذه البضائع إليها بلا مقابل، وهو ما يفيد مصادرتها وجوبا بقوة القانون، وأن هذه المصادرة التى حتمها المشرع ـ كأثر للتصالح فيما بين الممولين والجهة الإدارية المعنية ـ لا تعد تدبيرا احترازيا متصلا بأشياء تكمن فيها خطورة إجرامية مردها أن استعمالها أو صنعها أو حيازتها أو بيعها أو عرضها للبيع، يعد جريمة فى ذاته، ومن ثم، فانعدام ردها إلى أصحابها بعد ضبطها يعتبر عقوبة عينية ترد على أموال بذاتها مما كان ينبغى معه أن يصدر بها حكم قضائى[1].

وواضح من هذا الحكم الأخير أن المحكمة الدستورية العليا لم تجز المساس بحق الملكية بما يصل إلى مصادرتها أى القضاء عليها؛ إلا بحكم قضائى وذلك إعمالا لنص الدستور الذى أجاز المصادرة الخاصة بحكم قضائى (المادة ٣٦ من الدستور).

٢١١ـ عقوبات تستمد حدود مشروعيتها من الدستور

وهنا يجب الإشارة إلى أن خطر المساس بجوهر الحقوق والحريات فى مجال التوازن بينها وبين سائر الحقوق الدستورية، يتم فى حدود الدستور. فإذا أجاز الدستور المساس بجوهر الحق أو الحرية بشروط معينة، فإن المشرع يجوز له أن يضع شروطها وضماناتها طبقا للدستور. مثال ذلك فى الدستور المصرى، الحق فى الحياة، والحرية الشخصية. فبالنسبة للحق فى الحياة، أجاز قانون العقوبات الحكم بالإعدام مما يعتبر مساسا بجوهر الحق فى الحياة. إلا أن هذا المساس يستمد أصوله من الدستور ذاته الذى نص فى مادته الثانية على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع. فوفقا للشريعة الإسلامية يجوز توقيع عقوبة الإعدام فى كل من جرائم الحدود والقصاص والتعزير. ولهذا نجد أن المادة ٣٨١/ ١ من قانون الإجراءات الجنائية لا تجيز لمحكمة الجنايات أن تصدر حكمها بالإعدام إلا إذا أرسلت الأوراق إلى مفتى الجمهورية، فإذا لم يصل رأيه إلى المحكمة خلال العشرة أيام التالية لإرسال الأوراق إليه حكمت فى الدعوى. ولا شك أن وجوب أخذ رأى مفتى الديار المصرية فى هذه الحالة هو لإبداء

---

(١) دستورية عليا فى ٤ مايو سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ قاعدة رقم ٣٤ ص ٥٧٤.

رأيه فى نطاق أحكام الشريعة الإسلامية التى تعتبر مبادئها مصدرا رئيسيا للتشريع ، طبقا للدستور. هذا وقد تولى التشريع المصرى وضع الضمانات لسلطة المحكمة فى توقيع عقوبة الإعدام، فاشترط إجماع آراء أعضاء المحكمة عند الحكم بهذه العقوبة (المادة ٣٨١/ ٢ إجراءات)، وأوجب على النيابة العامة عند الحكم بالإعدام حضوريا أن تعرض القضية على محكمة النقض للتحقق من صحة تطبيق القانون، وذلك فى خلال أربعين يوما من تاريخ صدور الحكم (المادة ٤٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن بالنقض). وبجانب ذلك، نص القانون على ضمانات عند تنفيذ عقوبة الإعدام تتمثل فى المواد ٤٤٧ و ٤٧٠ و ٤٧١ و ٤٧٢ و ٤٧٤ و ٤٧٥ من قانون الإجراءات الجنائية[1].

وخلافا لذلك عنيت بعض الدساتير بحظر توقيع عقوبة الإعدام، مثال ذلك: الدستور الأسبانى (المادة ١٥)، والدستور السويدى (المادة ٤)، والدستور الفنلندى (المادة ٦/ ٢)، والدستور البرتغالى (المادة ٢٤/ ٢). وعنيت بعض الدساتير بالجمع بين مبدأ حظر عقوبة الإعدام والسماح بها فى جرائم معينة، مثال ذلك: الدستور الإيطالى، فقد حظر عقوبة الإعدام عدا الأحوال المقررة فى التشريعات العسكرية فى زمن الحرب (المادة ٢٧/ ٤). وذهب نوع آخر من الدساتير إلى حظر عقوبة الإعدام فى نوع معين من الجرائم، مثال ذلك الدستور اليونانى، فقد حظر عقوبة الإعدام فى الجرائم السياسية ما لم تكن من الجرائم المركبة.

وبالنسبة للحرية الشخصية ، فإن الشبهة قد تثور بشأن العقوبات السالبة للحرية ، وخاصة عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة. إلا أن هذه الشبهة لا محل لها باعتبار أن نصوص الدستور متكاملة متساندة. فقد نصت المادة ٤٢/ ١ من الدستور على الضمانات التى يجب أن يتمتع بها كل من يحبس أو تقيد حريته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان مع عدم جواز إيذائه بدنيا أو معنويا. وقد حددت قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين الضمانات التى يجب أن يتمتع بها المسجونون التى أصدرتها الأمم المتحدة، والتى تمثل فى حد ذاتها الحد الأدنى للضمانات التى يجب أن تأخذ بها الدول الديمقراطية[2]. وواقع الأمر، أن إيلام المحكوم عليه بالعقوبة السالبة للحرية لا يجوز

---

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، طبعة ١٩٩٦ ص ٥٧٢ ؛ ٥٧٥.

(٢) قضت المادة ٦٥ من هذه القواعد على أنه يجب أن تشجع معاملة المسجونين احترامهم لأنفسهم وأن تنمى فيهم الشعور بالمسئولية.

أن يتخطى الحد الأدنى لحقوق الإنسان؛ فإذا حرم السجين من حقوقه الإنسانية ، فإنه سوف يتجرد تماما من الوسائل التى يحتاج إليها من أجل تنمية شخصيته مما يفقده إمكانات الحياة الشريفة داخل المجتمع . فإيلام المحكوم عليه لا يمكن أن يتحول إلى امتهان لكرامته و تعذيب لآدميته ، وإنما هو مجرد وسيلة لإصلاح المجرم وإعادته إلى حظيرة المجتمع . ولذلك ، كان طبيعيا أن تأخذ كثير من الدول الديمقراطية بنظام الإشراف القضائى على التنفيذ، باعتبار أن القاضى هو الحارس الطبيعى للحريات . وفى مصر تقوم النيابة العامة بوصفها شعبة من السلطة القضائية بالإشراف على التنفيذ . على أن محكمة الأحداث نفسها تتولى الإشراف على تنفيذ الأحكام الصادرة على المتهمين الأطفال فى دائرة محكمته ، تطبيقا للقواعد والإجراءات المنصوص عليها فى قانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ .

وقد ثار البحث بالنسبة إلى عقوبة الموت المدنى "La mort civile" والتى تتمثل فى حرمان المحكوم عليه من الحقوق المدنية والسياسية . وترجع هذه العقوبة إلى العصر الرومانى ، وعرفت كعقوبة تبعية لعقوبة النفى أو الإبعاد "bannissement" . وقد تعرضت هذه العقوبة فى أوائل القرن التاسع عشر لانتقادات شديدة لدى رجال القانون والفلاسفة . وقد عنيت بعض الدساتير بإلغاء هذه العقوبة صراحة، مثال ذلك الدستور البلجيكى (المادة ١٨) .

٢١٢- عقوبات لا تتفق مع نص صريح فى الدستور

قد ينص الدستور صراحة على حظر عقوبات معينة ، مثال ذلك عقوبة الإعدام فى بعض الدساتير كما أوردنا فيما تقدم . وقد حرم الدستور المصرى المصادرة العامة للأموال (المادة ٣٦) لما لها من آثارة ضارة على الشخص وأسرته ، الأمر الذى يصيب الحق فى الملكية فيعدمه إعداما . ومن أمثلة ذلك أيضا الدستور البلجيكى (المادة ١٧) ، والدستور اليونانى (المادة ٧/ ٣) .

٢١٣- القيمة الدستورية لأسباب الإباحة

يهدف قانون العقوبات إلى حماية المصلحة الاجتماعية ، فيلجأ إلى التجريم والعقاب بناء على اعتبارات الضرورة الاجتماعية والتناسب . ولاشك أن المشرع الجنائى عندما

يفعل ذلك يتدخل فى مناطق شائكة يمارس فيها الناس حقوقهم وحرياتهم، مما يستتبع وضع حدود لهذه الممارسة بما يتفق مع اعتبارات المصلحة العامة. إلا أن تدخل المشرع بالتجريم والعقاب لا يمكنه المساس بجوهر الحقوق والحريات فى الحدود التى رسم القانون ممارستها. وطالما كان الشخص ممارسًا لحقوقه أو حريته فى الحدود التى رسمها القانون ظل فى دائرة الإباحة دون أن تمتد إليه يد التجريم. وتفوق حماية الحقوق والحريات على اعتبارات المصلحة الاجتماعية، يرجع أساسا إلى تفوق الدستور على التشريع ولعدم توافر الضرورة الاجتماعية التى تعطى تفوقا للمصلحة العامة على النحو الذى أسلفنا بيانه فيما تقدم[1]، فجميع الحقوق والحريات التى يحميها الدستور تظل فى منطقة الصدارة لا يجوز المساس بمحتواها أو جوهرها. وتنحصر دائرة المشرع بالنسبة إليها فى التنظيم ورسم الحدود ووضع الضمانات دون أن تمتد يداه إلى غير ذلك. ولهذا قلنا إن الإباحة صفة تلحق الفعل الذى يعتدى على أية مصلحة يحميها قانون العقوبات، إذا كانت هذه الإباحة ترتكز على مصلحة أو قيمة أجدر بالرعاية[2].

وصاحب الكلمة فيما يعتبر أجدر بالرعاية هو الدستور نفسه الذى يتقيد به المشرع. فلا يجوز للمشرع أن تمتد يداه إلى ما يحميه الدستور، وإلا كان عمله غير دستورى.

وقد عنى الفقه الجنائى بتقسيم أسباب الإباحة إلى نوعين: أسباب عامة وأسباب خاصة، وأسباب مطلقة وأخرى نسبية. وتتوافر الأسباب العامة عندما تنتج أثرها بالنسبة إلى جميع أنواع الجرائم، كالدفاع الشرعى. أما أسباب الإباحة الخاصة فهى لا تنتج أثرها إلا بالنسبة إلى نوع معين من الجرائم، كحق الدفاع أمام المحاكم فهو لا يبيح غير الجرائم التى يقتضيها حق الدفاع كالقذف أو السب أو البلاغ الكاذب. أما الأسباب المطلقة فيستفيد منها كل شخص مهما كانت صفته، هذا بخلاف الأسباب النسبية فإنها تفترض فيمن يمارسها توافر صفة معينة مثل صفة الطبيب بالنسبة إلى حق العلاج، وصفة الموظف العام بالنسبة إلى الحقوق التى يمارسها الموظف العام.

ولما كانت أسباب الإباحة تستند إلى ممارسة الحقوق والحريات التى حددها الدستور، فإنها تعطل سلطة التجريم فى حدود هذه الممارسة، ولا يعتبر الفعل جريمة عند ممارستها فى الحدود المقررة لنا قانونا. هذا بخلاف الحال بالنسبة إلى موانع المسئولية

---

(١) انظر فيما تقدم بندى ١٩٠ و١٩١.

(٢) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، طبعة ١٩٩٦، ص ١٧١ و ١٧٤ و ١٧٥.

أو موانع العقاب، فإنها لا ترتد إلى ممارسة أى حق أو حرية دستورية. فموانع المسئولية ترجع إلى عوامل تؤثر فى إدراك الشخص أو تمييزه مما يؤثر فى إرادته الشخصية كشرط فى المسئولية الجنائية. وموانع العقاب ترجع إلى أسباب لاحقة على الجريمة يقررها المشرع للحيلولة دون معاقبة الجانى إما تشجيعا له على ضبط سائر الجناة، أو لتوافر موجب لا يتفق مع معاقبته. والأمر متروك للسلطة التقديرية للمشرع الجنائى.

وإذا نظرنا إلى التشريع المصرى نجد أن أسباب الإباحة العامة ترتد إلى استعمال الحق وأداء الواجب والدفاع الشرعى، مع وجود خلاف حول الطبيعة القانونية لحالة الضرورة.

ولا مراء فى أن السبب الأول وهو استعمال الحق يعتبر من أسباب الإباحة، سواء كان الحق مستمدا من الدستور نفسه أو من التشريع. فإن النظام القانونى يتأبى على التناقض والتنافر. ومن أمثلة استعمال الحق المبنى على الدستور ما نصت عليه المادة ٩٨ من الدستور من أنه لا يؤاخذ أعضاء مجلس الشعب عما يبدونه من الأفكار والآراء فى أداء أعمالهم فى المجلس أو فى لجانه[1]. ويستوى فى ذلك أن يكون استعمال الحق مبنيا

---

(١) وأساس هذه الحصانة البرلمانية الموضوعية أن السيادة للشعب وحده ويمارسها على الوجه المبين فى الدستور. ومن صور هذه الممارسة ما يتولاه مجلس الشعب - من خلال أعضائه - من سلطات نص عليها الدستور (المادة ٨٦ وما بعدها)، فعضو مجلس الشعب لا يعبر عن رأيه أو عن رأى دائرته الانتخابية، وإنما يعبر عن رأى الشعب كله. ولهذا قيل بأن الحصانة البرلمانية تعتمد على أن الأمة نفسها تعبر عن نفسها من خلال أصوات وآراء ممثليها (Marc Verdussen, op. cit., p. 596).

وقد أخذت هذه الحصانة طريقها منذ عهد الثورة الفرنسية بناء على اقتراح ميرابو فى اجتماع الجمعية التأسيسية فى ٢٣ يونية سنة ١٧٨٩، وعبر عنها بعد ذلك الدستور الفرنسى منذ ٣ سبتمبر سنة ١٧٩١. وقد عثر على جذور هذه الفكرة فى عهد الحقوق Bill of rights فى انجلترا فى القرن السابع عشر. وتعتبر الآن من ضمانات حسن سير النظام البرلمانى. ولهذا تعتبر من النظام العام، مما لا يجوز معه التنازل عنها.

وتتحدد هذه الحصانة البرلمانية الموضوعية فى الآراء والأفكار التى يؤديها عضو مجلس الشعب فى المجلس أو فى لجانه فى أثناء أداء عمله، فلا تمتد إلى ما يصدر من العضو ولو فى المجلس أو فى لجانه خارج نطاق ممارسته وظيفته البرلمانية. فلا تكون هذه الحصانة إلا عندما يعبر عضو المجلس عن آرائه وأفكاره داخل الجلسة العامة للمجلس أو داخل لجانه أو داخل اجتماع مكتب المجلس، فى أثناء تقديمه اقتراحات بمشروعات قوانين أو مناقشة مشروعات القوانين المعروضة أو تقارير لجان المجلس، سواء من خلال وظيفة التشريع أو الرقابة، وسواء عند نظر السياسة العامة للدولة أو برنامج الحكومة، أو الخطة والموازنة، أو غير ذلك من الاختصاصات التى يتولاها المجلس طبقا للدستور واللائحة. فلا يسرى ذلك على الأفعال أو المحررات المكتوبة. وقضى بأن عضو البرلمان الذى يشترك فى أحد اجتماعات هيئة البرلمانية السياسية للمجلس لا يعتبر ممارسا لوظيفته البرلمانية ومن ثم لا يستفيد من الحصانة البرلمانية، وذلك باعتبار أن هذه الحصانة تغطى العمل البرلمانى وليس العمل الحزبى (محكمة بروكسل المدنية فى ٦ يولية سنة ١٩٣٧ ==

على نص القانـون مباشرة أو على اللائحة طـالما كانت فى حدود القـانون. وفى الحالات والحدود التى يعتبر فيها العـرف مصدرا للقانـون يعتبر استعمال العرف سببا للإبـاحة. ومناط ذلك كله بطبيعة الحال أن يلتزم مستخدم الحق بالحدود التى رسمها التشريع.

وبالنسبة إلى أداء الـواجب من الموظف العام على النحو الذى حـددته المادة ٦٣ من قانون العقـوبات، فإنه لا يعتبر سببا مستقـلا للإباحة. فإذا كـان الموظف العام يؤدى واجبه بناء على نص القانون مباشرة استندت الإباحة إلى استعمال الحق، وإن كان يؤدى واجبه بناء على أمر الرئيس المطابق للقانون، استندت الإباحة كذلك إلى استعمال الحق. والواقع أن أهمية المادة ٦٣ عقـوبات لا ترجع إلى تقرير إباحة أداء الموظـف العام لواجبه طبقا للقـانون، وإنما ترجع إلى ما قـررته بشأن أثر الغلط فى الإباحـة حين يرتكب الفعل تنفيذا لأمر غير مشروع صادر إليه من رئيسه معتقـدا بصحة هذا الأمر. ففى هذه الحالة لا تثبت صفة الإباحة لعمل الموظف العام ويندرج فعله تحت طائل التجريم، وتتحدد مسئوليته فى ضوء مدى توافر الركن المعنوى لديه فى ضوء مدى اعتقاده بصحة هذا الأمر ومحل هذا الاعتقاد[١].

أما عن الدفاع الشرعى، فقد اختلف الفقـه فى تحديد أساس مشروعيته، فمن قائل بـانعـدام حـرية المدافع فى الاختيـار، ومن قـائل بترتيب الـدفـاع الشرعى على أسـاس العدالـة، ومن قائل بأن الدفـاع الشرعى يأتى حماية لمصلحة جديـرة بالرعـاية تتفق مع أهداف النظام القانونى[٢]. وواقع الأمر أن حق الـدفاع الشرعى وثيق الصلـة بالحق أو الحريـة محل الحماية؛ فـإن كان الـدفـاع الشرعى عن الحق فى الحيـاة أو الحق فى سلامـة الجسم، أو الحرية الشخصية أو الحق فى الملكية، كان وثيق الصلة بالحق أو الحرية محل

= = مشارا إليه فى مؤلف (Marc Verdussen, p. 594) وقد انتقد البعض هذا الحكم على أساس أن الهيئات البرلمانية السيـاسية تعتبر أجهزة لا غنى عنهـا لحسن سير البرلمانات (انظر هـذا الرأى مشارا إليـه فى مؤلف Marc Verdussen, p. 594). وقد أكد المجلس الدستورى الفـرنسى أن عضو البرلمان لا يتمتع بالحصانة البرلمانية عما يبديه من أفكار خارج ممارسة وظائفه البرلمانية:
(89-262 Déasian du 7 novembre 1989, Recueil de juris. corst., p. 373).
وترتيبا على عدم جواز مساءلة العضو عن آرائه فى المجلس، لا تنعقـد مسئولية المجلس عن أى قرار يصدره بـاعتبار أن هـذا القـرار هـو ثمرة الآراء المحصنـة لأعضـائه، فضـلا عما تتمتع به السلطـة التشريعيـة من استقلال.

(١) انظر مؤلفنا قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص ٢٠٠-٢٠٣.

(٢) انظر هذا الجدل فى مؤلفنا، المرجع السابق، ص ٢٠٥ و٢٠٦.

الحماية، بالنظر إلى أن حماية هذه الحقوق أو الحريات تتطلب عدم وضع قيد يعرضها للضياع ويهدد جوهرها ومحتواها بالفقدان. وشريطة كل ذلك أن يتم الدفاع عن هذه الحقوق والحريات فى الحدود التى يرسمها القانون، والتى حددها قانون العقوبات فى شروط الدفاع الشرعى. ويلاحظ أن المشرع فى تحديده لهذه الشروط التزم بذات الضابط الذى أجاز فيه التجريم وهو الضرورة والتناسب؛ فأحاط الدفاع الشرعى بشرطين هما اللزوم (أى الضرورة) والتناسب. فإذا ما توافر اللزوم (أي الضرورة) والتناسب فى استعمال الحق أو الحرية؛ ظل صاحبه فى مأمن من أن تمتد إليه يد التجريم أو العقاب، لأنه مع قيام ضرورة الدفاع وتناسبه لا قيام لضرورة التجريم والعقاب وتناسبه. وقد قضت المحكمة الدستورية فى بلغاريا بأنه عندما يتنافس حقان يحميهما الدستور، حق المدافع فى حرمة المسكن وحق المعتدى فى الحياة، فإنه لا يمكن أن يتفوق حق المعتدى على حق المدافع[1].

ويلاحظ أن قانون العقوبات فى المادة ٢٤٨ عقوبات لم يبح حق الدفاع الشرعى لمقاومة أحد مأمورى الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمور حدود وظيفته إلا إذا خيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف أسباب معقولة. ويثير هذا النص شبهة عدم الدستورية فيما يتعلق بمبدأ المساواة أمام القانون. ذلك أن مأمورى الضبط قد يبدو فى وضع أكثر تفوقا من الأشخاص العاديين، وخاصة أن يحول دون استعمال حق الدفاع الشرعى إذا كان هذا المأمور حسن النية إلا بشروط معينة. إلا أن هذه الشبهة تنتفى لسببين: (أولهما)، أن المشرع يمكن أن يخرج عن المساواة فى المعاملة لاعتبارات المصلحة العامة بما يتفق مع أهداف القانون[2]. ولاشك أن اعتبارات المحافظة على الأمن والنظام تتطلب عدم إعطاء الأفراد سلطة البحث فى نوايا مأمورى الضبط ومعتقداتهم ما لم يكن عدم المشروعية واضحا لا لبس فيه، مما ينفى صفة المشروعية الظاهرة عن أعمال مأمورى

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى بلغاريا الصادر فى ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٧٩ فى القضية رقم ١٢ لسنة ١٩٩٧، الجريدة الرسمية العدد (٨٩) فى ٧ أكتوبر سنة ١٩٩٧.

Bulletin de jurisprudence constitutionnelle, conseil de l'Europe 1997, op. cit., p.379.

(٢) Ferdinand Mélin - Soucramanien; le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, op. cit., p.191.

فلا يجوز أن يزيد هذا الخروج عن المساواة عما هو ضرورى لتحقيق الهدف من القانون (محكمة التحكيم البلجيكية فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٩٢، (القضية رقم ٧٤ ـ ٩٢).

CACC Puf - Bulletin No.1, Sep. 1998, p.31.

الضبط فى هذه الحالـة . وهذه المصلحة العامـة تتفق مع أهداف قانون العقـوبات التى ترمى إلى حماية المصلحة الاجتماعية والاستقرار. (ثانيهما)، أن حق الدفاع الشرعى لم يتأثر جوهره ومحتواه بمقتضى هذا الاستثناء ، فما زال باقيا إذا تعرضت حياة المدافع أو صحته لخطر بـالغ . هذا فضـلا عن أنه طبقـا للقواعـد العامـة، إذا كان عمل مأمـور الضبط القضائى ظاهر البطلان سقطت عنه قرينة المشروعية مما يجعل الدفاع الشرعى جائزا وفقا للشروط التى تحددهـا القـواعد العـامـة . ويتضح هذا المعنـى مما اشترطتـه المادة ٢٤٨ عقوبات من وجـوب أن يكون أداء مأمور الضبط القضائى لعملـه «مع حسن نية»[١]، ولو تخطى حدود وظيفته، فإذا كان الظاهـر يكشف سوء النية انتفت المشروعية الظاهرة لعمل مأمور الضبـط القضائى . على أننا نقف أمـام حق الدفـاع الشرعى الممنوح لغير صاحب الحق أو الحريـة والذى نص عليـه قانون العقـوبات، إذا لم يشترط القـانون فى المدافع أن يكون صاحب الحق أو الحرية التى يحميهـا القانون، بل اكتفى أن يكون من الغير. وهذا الذى نص عليه القانون يعتبر ضمانـا تشريعيا لحماية الحقوق والحريات التى يحميها الدستور، أى يجوز قوة تشريعية تـدخل فى إطار السلطة التقديرية للمشرع، ولا ينال قيمة دستورية فى حد ذاته .

وإذا نظرنا إلى حالة الضرورة، نجد أنها لا تصـدر عن صاحب حق أو حرية يحميها الدستور، إذ تتوافر هذه الحالة عندما يجد الإنسان نفسه أو غيره مهددا بضرر جسيم على النفس على وشك الوقوع بـه أو بغيره، فيضطر إلى ارتكاب جريمة لوقـاية نفسه أو غيره من هذا الخطر. وقد تنازع حالة الضرورة اتجاهان، أحدهما يعتبرها من موانع المسئولية، والآخر يعتبرها من أسباب الإباحة ـ وقد أخذ بهـذا الاتجاه الأخير[٢] الفقه الفرنسى قبل صدور قـانون العقوبـات الفرنسى الجديد سنـة ١٩٩٤ الذى جمع بين أسباب الإبـاحة وموانع المسئولية تحت مسمى واحد هو موانع المسئولية الجنائية[٣].

---

(١) قضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فى ٩ أكتوبـر سنة ١٩٩٧ بأن استخدام رجل الضبط القوة لإنقاذ حيـاة المجنى عليه والتجـائه إلى القتل بحسن نية، إذا كـان القتل ضروريا لتحقيق هـذا الإنقاذ يعتبر أمـرا مباحا . Bulletin, op. cit., p.490.

(٢) انظر مؤلفنا قانون العقوبات ، القسم العام، المرجع السابق. وقد انتصرنا لهذا الاتجاه. انظر ص ٢٤٣ وما بعدها .

(٣) انظر الـدكتور محمد أبـو العلا عقيدة؛ الاتجاهـات الحديثة فى قانـون العقوبات الفـرنسى الجديد، المرجع السابق ص ٥٧ وما بعدها .

Crim. 18 Juin 1958, Bull. No.471; 25 Juin 1958 D.1958.693; 27 Déc. 1961, J.C.P. 1960. 2. 12652.

وواقع الأمر، إذا نظرنا إلى شروط توافر الفعل الضرورى نجد أنها ترتد إلى اللزوم (أى الضرورة والتناسب). وبالتالى، فإن حالة الضرورة فى ضوء هذه الشروط تمثل موقفا يتعارض مع أساس التجريم والعقاب وهو الضرورة والتناسب، لأن الفعل الذى يرتكبه الجانى فى حالة الضرورة ينقذ بها حياة أو مال شخص دفعا لخطر جسيم، ويكون هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق هذا الهدف من بين الأفعال الممكن ارتكابها، يتحقق به تناسب مقبول بين المصلحة المراد حمايتها والمصلحة المضحى بها. فى هذه الحالة التى اعترف بها قانون العقوبات (المادة ٦١) تكون الجريمة من الناحية الاجتماعية مقبولة[1]، لأن الضرورة والتناسب كانا لتبرير الفعل مما ينفى بداهة أساس تجريمه. فإذا كان التضامن الاجتماعى قد أباح جريمة ضرورة، فإنه لا يمكن أن يبرر العقاب عليها.

ولما كان الأصل فى الأعمال الإباحة، أنه وقد انتفى أساس التجريم أن تعتبر مباشرة الفعل الضرورى عملا مباحا لا يمتد إليه التجريم فى الحدود التى رسمها فيها القانون. وبالتالى فإن أساس إباحة الضرورة ليس هو الحق الذى يحميه الدستور أو القانون، كما هو الشأن فى استعمال الحق (وأداء الواجب)، والدفاع الشرعى، وإنما لانتفاء الضرورة التى توجب التجريم، الأمر الذى يؤدى إلى العودة إلى الأصل العام وهو الإباحة. ولا محل للقول بامتناع المسئولية على أساس انعدام الإرادة، لأن المضطر يصدر عنه الفعل عن إرادة حرة، وخاصة إذا كان من الغير.

---

(١) انظر فى قضاء محكمة النقض الفرنسية الذى اعتبر حالة الضرورة من أسباب الإباحة.

Crim. 18 Juin 1958, Bull. No.471; 25 Juin 1958 D.1958.693; 27 Déc. 1961, J.C.P. 1960. 2. 12652.

المبحث الرابـــع
شخصية العقوبة وتناسبها

٢١٤ـ ارتباط شخصية العقوبة بشخصية المسئولية

ترتبط شخصية العقوبة تمام الارتباط بمن يعد قانونا مسئولا عن مقارفتها، على ضوء دوره فيها، ونـواياه التى قارنتهـا، وما نجم عنهـا من ضرر، فلا يكون جـزاء الجناة عن جريمتهم إلا موافقا لخياراتهم(١).

وتتجلى شخصية العقوبة من خلال كل من النص التشريعى، والتطبيق القضائى. ففى النص التشريعى الذى يحدد التجريم والعقاب، يجب أن يكون واضحا أن العقوبة هى جزاء من اعتبر مسئولا عن ارتكاب الجريمة؛ فلا تضامن فى العقوبات ولا مسئولية عن فعل الغير. ويكفى لتقدير شخصية العقوبـة فى النص التشريعى تقدير ارتبـاطها بالفعل الـذى أتاه الجانى فى إطار ضابط الضرورة والتنـاسب. وتسمى أحيانا بالتفـريد التشريعى. وقد قضـت المحكمة الإيطاليـة تطبيقا لمبـدأ شخصية العقـوبة عـدم جواز تحميل ورثة المتهم بالمصروفـات القضائية على أساس أن الالتزام بـرد هذه المصروفات لا تحكمـه مبادئ المسئولية المدنيـة ولكنـه جزاء اقتصـادى تبعى للعقوبـة يجب أن يحتفظ بطابعه الشخصى(١).

ويلاحظ أن المادة ٢٨ مكررا «د» من قانـون الإجراءات الجنائية المصرى قد نصت فى فقرتها الثانية على أنـه فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد ١١٢ و١١٣/ ١ و٢ و٤ و١١٣ مكررا فقـرة أولى و١١٤ و١١٥ من قـانون العقوبـات، على المحكمة أن تـأمر بـالرد فى مواجهة الـورثة والموصى لهم وكل من أفاد فـائدة جدية من الجريمة ليكون الحكـم بالرد

---

(١) دستوريـة عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ القضيـة رقم ٤٢ لسنة ١٩ قضائيـة «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٨) فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨، دستـورية عليـا فى ٩ مايـو سنة ١٩٨٨ القضيـة رقم ٦٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية إيطالية فى ٦ إبريل سنة ١٩٩٨ مشار إليه فى Annuaire International de la justice constitu-tionnalle,1998, p.869.

نافـذا فى أموال كل منهم بقدر مـا استفاد . وفى هذه الحالـة لا يوجد إخـلال بشخصية العقوبة على أسـاس أن الأموال غير المشروعة التى استفاد منهـا الورثة أو الموصى لهم أو غيرهم بسبب الجريمة لا تؤول إليهم وإنما تظل محملة بحق الدولة فتتبعه لديهم . وبالتالى فإن الرد لا يرد على الملكية الخاصة لهؤلاء ، مما تنتفى معه شبهة العقوبة بالنسبة إليهم .

ويلاحظ أن شخصية العقوبة من خلال التطبيق القضـائى ، تأخذ بعدا إضافيا هو شخصية المجرم ، يرتبط بالأهداف النهائية التى يراد تحقيقها من وراء توقيع ا لعقاب ، لا مجرد النص عليه . وبقدر تحديد هذا البعد الإضـافى يمارس القاضى سلطته التقديرية . وتسمى شخصية العقوبة فى مرحلة التطبيق القضائى بالتفريد القضائى .

فما هى القيمة الدستورية لتفريد العقوبة؟

٢١٥ـ القيمة الدستورية لتفريد العقوبة:

استقـر قضاء المحكمـة الدستـوريـة العليا فى مصر على أن الأصل فى العقـوبة هـو تفريـدها لا تعميمهـا ، وأن تقرير استثنـاء من هذا الأصل ــ أيا كـانت الأغراض التى يتوخاها ـ مؤداه أن المذنبين جميعهم تتوافق ظروفهم ، وأن عقوبتهم بالتالى يجب أن تكون واحدة لا تغاير فيها ، حتى لا يقع جزاء فى غير ضرورة بما يفقد العقوبة تناسبها مع وزن الجريمة ومـلابساتها ، وبما يقيـد الحرية الشخصيـة دون مقتض[1]. وواضح من هـذا التعليل أن القيمة الدستورية لتفريد العقوبة مستمد من أساس التجريم والعقاب وهو الضرورة والتناسب . وفى صدد التناسب استطردت المحكمة الدستورية العليا فأضافت معيـارين هما المفاهيم المعـاصرة للسياسـة الجنائيـة ، وسلطة القـاضى فى التفريـد[2].

---

(١) دستورية عليا فى ٩ مايو سنة ١٩٩٨ ، القضية رقم ٦٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، وانظر دستورية عليا فى ٦ يونية سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٥٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٤٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٨) فى ١٩ فبرايرسنة ١٩٩٨ ، ٢ أغسطس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٧٢ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٢٣ فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٧ ، ٤ يناير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٣) فى ١٦ ينايـر سنة ١٩٩٧ ، ٥ يـولية سنة ١٩٩٧ فى القضيـة رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضـائية «دستـورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ (العدد ٢٩)، الأول من سبتمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائيـة «دستورية»، الجريدة الـرسمية فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٩٧ (العدد ٣٧)، ٣ فبرايـر سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٣ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٧) مكررا فى ١٧ فبراير سنة ١٩٩٦ .

(٢) دستورية عليا فى ٩ مايو سنة ١٩٩٨ ، القضية رقم ٦٤ لسنة ١٩ قضائية «دستورية».

وبالنسبة إلى المعيار الأول رأت المحكمة الدستورية العليا أن التفريد لا ينفصل عن المفاهيم المعاصرة للسياسة الجنائية، ويتصل بالتطبيق المباشر لعقوبة فرضها المشرع بصورة مجردة، شأنها فى ذلك شأن القواعد القانونية جميعها، وأن إنزالها «بنصها» على الواقعة الإجرامية محل التداعى، ينافى ملاءمتها لكل أحوالها وملابساتها، بما مؤداه أن سلطة تفريد العقوبة - ويندرج تحتها الأمر بإيقافها - هى التى تخرجها من قوالبها الصماء، وتردها إلى جزاء يعايش الجريمة ومرتكبها، ولا ينفصل عن واقعها.

أما بالنسبة إلى المعيار الثانى، فقد رأت المحكمة الدستورية العليا أن تناسب العقوبة يتحقق بوسائل متعددة، من بينها تلك التى يجريها القاضى - فى كل واقعة على حدة - بين الأمر بتنفيذها أو إيقافها، وأن تقدير عناصر التناسب يدخل فى إطار الخصائص الجوهرية للوظيفة القضائية، مما يؤدى إلى اعتبار حرمان القاضى من سلطته فى مجال تفريد العقوبة بما يوائم «بين الصيغة التى أفرغت فيها ومتطلبات تطبيقها فى حالة بذاتها» مؤداه بالضرورة أن تفقد النصوص العقابية اتصالها بواقعها، فلا تنبض بالحياة، ولا يكون إنفاذها «إلا عملا مجردا يعزلها عن بيئتها»، دالا على قسوتها أو مجاوزاتها حد الاعتدال.

وانتهت المحكمة الدستورية العليا فى ضوء هذين المعيارين إلى الحكم بعدم دستورية ما نص عليه القانون من عدم جواز وقف تنفيذ العقوبة.

ويلاحظ من هذا الحكم أن المحكمة الدستورية العليا قد ميزت بين التناسب التشريعى والتناسب القضائى؛ فالتناسب التشريعى هو فى مقام التجريم والعقاب عندما تحتمه الضرورة الاجتماعية، إذ يتعين أن يكون متناسبا مع الفعل الضار الذى يقع من الجانى. أما التناسب القضائى فهو فى مقام إعمال القاضى لنصوص العقاب على الجانى، فهذا التناسب يكون داخل إطار التناسب التشريعى وتكون ممارسة القاضى لسلطته التقديرية بداخل هذا الإطار فتضع فى اعتبارها عاملا آخر هو شخصية الجانى، مما أدى إلى ظهور التفريد القضائى للعقوبة كضمان فى مواجهة التجريم والعقاب. هذا بجانب أن المحكمة الدستورية العليا قد اعتبرت المفاهيم المعاصرة للسياسة الجنائية بما تتطلبه من تفريد العقوبة مما يدخل فى إطار المبادئ الدستورية، وهو مسلك يتفق مع سلطة المحكمة فى تطوير مفاهيم القواعد الدستورية بما يجارى مقتضيات التطور. إلا أن المحكمة اعتبرت الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة أحد محاور سلطة التفريد المبنية على مراعاة شخصية الجانى، ورتبت على ذلك أن نص القانون على حرمان

المحكمـة من سلطة إصـدار هذا الأمـر يعتبر مجافيـا للدسـتـور؛ بينما إيقاف التنفيـذ فى حقيقة الأمر هو أحد وسائل تفريد العقوبة التى عرفها التشريع الجنائى، ولا يعبر وحده عن تفـريـد العقـوبـة الـذى يمكن أن يتحق بغير ذلك من الـوسـائل. كما أن سلطـة المحكمة فى التفريد، وهو ما يسمى بالتفريـد القضائى يتم ـ كما بينا ـ فى إطار ما يرد فى النص القانـونى من عقوبـات. ووسائل التفريـد تمثل فى مجموعها مـا يسمى بالتفـريد التشريعى، والـذى يقوم على التناسب مـع الفعل الضار بـالمجتمع، فإذا جاء القـانون وحرم القاضى من سلطـة وقف التنفيذ فى جريمة معينـة، فإن ذلك لا يعتبر تدخلا فى الوظيفة القضائية، لأنه يعتبر من مكونات التفريد التشريعى الذى يمارس القاضى سلطته فى التفريد فى حـدوده وداخل إطاره. كما أن حرمان القـاضى من وقف التنفيذ يجب أن يكون فى ضوء سائر العقوبات التى يستطيع الحكم بها ووزن الجريمة وملابساتها.

وقد ثـار البحث عما إذا كان تفريـد العقوبة يتناقض مع مبـدأ المساواة أمام القـانون والذى يتطلب عـدم اختلاف الناس فى المعاملـة أمام القانـون. إلا أنه رد على ذلك بأن تفـريد العقـاب يتفق مع المصلحة العـامة التى تتفق مع أهـداف القانـون فى مكافحـة الجريمة من خلال عدة أهداف، منها الردع العام والردع الخاص وإصلاح المجرم.

ويتم هذا التفريد وفقا لمعايير موضوعية تضع فى اعتبارها شخصية الجانى، مع غيرها من العوامل؛ ومنها جسامة الجريمة وآثارها. ومن ثم، فإن التفريد القضائى لا يخالف مبـدأ المساواة. والقـاضى بـوصفـه الحارس الطبيعى للحـريات هـو أفضل من يتـولى التفريد. وأن نصـوص القانون بشأن الظروف المخففـة، تتفق مع مبدأ المساواة، وتعتبر من أهم وسائل التفريد، ويعتبر إنكار سلطة القاضى فى تقدير الظروف المخففة ينطوى على إنكار لمبدأ المساواة[1]. وهذا التفريـد يمكن أن تمارس النيابة العامـة ملاءمته من خلال الحفظ (أو الأمـر بألا وجه لإقامـة الدعوى الجنـائية) لعدم الأهميـة. كما أن هذا التفريـد يمكن تحقيقه بضمان معرفـة شخصية المتهم أثناء التحقيق معـه، ثم تحقيقه فى مرحلة الحكم بالعقوبة ثم فى مرحلة تنفيذ العقوبة[2].

وفى ضوء مـا تقدم، أكد المجلس الدستـورى الفرنسى قضاءه السـابق بشأن اتفاق

(١) المجلس الدستورى الفرنسى فى ٢٧ يولية سنة ١٩٧٨ مشار إليه فى

Michel Dante Juan, l'égalité en droit pénal, Travaux de l'institut de sciences criminelles de portiers, cujas, 1987, No. 146, p.123; Ferdinand Mélin - soucramanien, op. cit., 1997, p.95.

(٢) Michel Danti Juan, op. cit., No.337 - 353, pp.275-287.

تفـريد العقـوبة مع مبـدأ المسـاواة (طبقا للمادة ٦ من إعـلان حقوق الإنسـان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩) وأسند تفريد العقوبة إلى مبدأ المساواة «أمام القضاء»[١].

وبالإضـافة إلى ذلك، فقـد عنى المجلس الـدستورى الفـرنسى بالإشـارة إلى القيمة الدستـورية لتفـريد العقـوبة الـذى يخول القاضـى سلطة واسعـة فى اختيار العقـوبة؛ تأسيسا على أنـه لا يجوز أن يمنح القاضى سلطة تحكميـة فى تقرير العقوبـة، وأن مبدأ تفريـد العقوبات يحتل مركـزا فريدا ومطلقا فى التشريع، وأنـه إذا فرضنا أن مبدأ تفـريد العقـوبات يمكن فى هـذه الحدود اعتباره أحـد المبـادئ الأساسيـة المعترف بها بواسطـة قوانين الجمهورية (وهو أحد المبادئ الواردة فى مقدمة دستورة ١٩٤٦ والتى تنال فى حد ذاتها قيمة دستورية)؛ إلا أن المشرع له الحق بل وعليـه التزام بوضع القواعد التى تكفل عقـابا فعـالا للجـرائم، مع التزامـه بأن يترك للقـاضى أو للسلطـات المختصة بتنفيـذ العقـوبات سلطـة تقديـريـة واسعة فى تحديـد وسـائل تنفيذ العقـوبات. وطبقـا لهذه الأسانيد، فقـد قرر المجلس الدستورى دستوريـة تشريع وضع لجرائم معينة حدا أدنى من العقوبات وقلل من إمكان تخفيض شروط تنفيذ العقوبة[٢].

٢١٦- عناصر تفريد العقوبة

يحدد القانون العقوبات معبرة عن التجريـم ودرجته، ثم يترك للقضاء اختيار ما يراه ملائما من تحقيق أهـدافها. ويقتضى هذا الأمر اختيـار العقوبات وفقا لمعـايير واضحة تبدو[٣] فى تحديد الأهداف التى يراد تحقيقهـا من وراء العقاب، وتنحصر هذه الأهداف إما فى الردع العام والردع الخاص أو إصلاح المجرم.

فمن المحقق أن العقوبة تهدف إلى التأثير فى السلـوك الإنسانى داخل المجتمع حتى يتـلاءم مع الأوامر والنـواهى الاجتماعية التى تنطـوى عليها قـواعد التجـريم. وهى فى حـالتها السـاكنة فى النص تهدف إلى التأثير فى سلـوك جميع الأفـراد المخاطبين بأحكـام

---

(١) Décision, No. 88 - 244 Dc du 20 Juillet 1988, Recueil jur. const. p.334 (1959 - 1993), Décision, No. 89 - 262 Dc du 7 Novembre 1989, Recueil jur. const. (1959 - 1993), p.373.
مشارا إليهما فى: Ferdinand Mélin - Soucramanien, op. cit.,795.

(٢) انظر قرار المجلس الدستورى الصادر فى ١٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١ مشارا إليه مع التعليق عليه فى مؤلف François luchaire, le conseil constitutionnel, Tome II jurisprudence,1998, op. cit., No.196, p.142.

(٣) Hulsman; Le choix de la sanction, Rev. Sc. Crim, 1970, p.212.

القانون، عن طريق التهـديد بما تنطوى عليه من جسامة معينة، وهـو ما يسمى بالردع العام. أما فى حالتها الديناميكية عنـد تطبيقها بواسطة القضاء، فإنها تهدف أساسا إلى التأثير فى سلوك المحكـوم عليه حتى يتطابق مستقبلا مع قـواعد القانون وهـو ما يسمى بالردع الخاص أو الإصلاح أو إعادة التأهيل الاجتماعى. ويقتضى هذا الهدف أن تتوافر لدى المحكوم عليه خطورة إجرامية معينـة أى استعداد نحو ارتكاب الجريمة مستقبلا، فإذا قلت هذه الخطورة أو انعدمت قل شأن هذا الهدف[1].

أما الردع الخاص، فإنه لا يعنى مطلقا إسقاط الردع العام من الاعتبار، وإنما يعنى مجرد وضعه فى المرتبة التالية، فاختيار العقوبة من أجل إصلاح المجرم يعنى الاعتماد على مطلق شخصية المجرم فهى وحدها الخاضعة لهذا الإصلاح. أما الردع العام فإنه يتحقق ضمنا من خلال الإيلام المستفاد من العقوبة الموقعة على المجرم مهما اختلف قدره وكيفيته.

وهكذا نرى أنه بينما يحتل الردع العام مرتبته الأولية من الزاوية التشريعية، فإن الردع الخاص يأخذ مكـان الصدارة من الزاويـة القضائية. ومع ذلك فإن الحمايـة الاجتماعية التى هى الهدف الأسمى للسيـاسة الجنـائية قـد تقتضى فى بعض الجرائم الخطيرة جعل الأولوية للردع العام عند اختيار العقوبة. ومن مظاهر ذلك حرمان القاضى من تطبيق الظروف المخففـة أو منعه من الحكم بالبدائل العقـابية، مثل وقف التنفيذ، أو تشـديد العقـوبـة. ومن أمثلـة ذلك، جـرائم الاعتداء على أمن الـدولـة من جهـة الـداخل أو الخارج. وقد عـرفت الشريعة الإسـلامية هذا الأسلـوب فى العقاب وطبقتـه على جرائم الحدود، وهذه الجرائم تنطوى على حق الله تعالى سواء كان حقا خالصا أو حقا غالبا له سبحانـه وتعالى، ولـذلك قيل بأن إقامة الحد من العبـادات، كالجهـاد فى سبيل الله، فيكون الوالى شديدا فى إقامة الحد لا تأخذه رأفة فى دين الله فيعطله[2].

وهنا يجدر التنبيه إلى أن اعتبـار العقوبة مقابـلا للجريمة. هو محض تحليل قـانونى لعنـاصر العقوبـة دون أن يعنى مطلقا أن العقـوبـة قد وضعت من بين أهـدافها فكـرة التقابـل بينها وبين الجريمـة. فهذا التقابـل هو مجرد أسلوب لـرد الفعل ضـد الجريمة وليس هدفا فى حد ذاته.

---

(١) Baumarn: Problémes réels et faux problémes de la réforme du droit en republique fédérale d'allemagne, Rev. Sc. Crim. 1970, p.815.

(٢) السياسة الشرعيـة فى إصلاح الراعى والرعيـة لتقى الدين بن تيمية، مراجعـة على سامى النشار وأحمد زكى عطية، طبعة ١٩٥١ ص ١٠٥.

ويلاحظ أن عقـوبة الإعدام تعتمـد أساسا على فكـرة الردع العام ولا تخلـو من تأثر بفكرة المقـابل من الجريمة، لأن أثر هـذه العقوبة ينصرف نحـو ضبط سلوك الغير ولا توقع عادة إلا كمقابل للجرائم البالغة الجسامة[1].

وقد اعتبرت السياسة التقليدية الجديدة ، العدالة هدفا للعقاب، وهو أمر لا يمكن تحقيقه فى حـد ذاته طـالما كان الهدف الأصلى من العقـاب هو تغيير السلـوك الإنسانى داخل المجتمع . على أنه لا مانع من اعتبار الشعور بالعدالة مجرد قيمة اجتماعية، يحسن أن يشعـر بها المجـرم، ولكن ذلك يتـوقف على مـا لـديـه من إحسـاس واضح بـالقيم الاجتماعية، ولهذا فإن الشعـور بالعدالـة فى حد ذاتـه لا يجدى فى حمل الجانى على عدم العودة إلى الجريمة مـا لم يتم تربيته اجتماعيا بالقيم الخلقية، وهـو ما يتوقف على الهدف الأصلى للعقوبة وهو الردع الخاص.

ومع ذلك، فإنه إذا كـان من غير الممكن أن نجعل العدالة هدفـا للعقاب، فإنه لا يجوز أن يصطـدم العقاب بـاعتبارات العـدالة . وهنـا ينظر إلى العـدالة بـوصفها قيمـة اجتماعية استقـرت فى ضمير الجماعة وأصبحت تسـاعد على اتسـام السلوك الاجتماعى للأفـراد والجماعات، وتساهم فى تحديـد الغايـات المرغوبة اجتماعيـا والوسائل المقبـولة لتحقيق هذه الغايات . ولما كانت الحماية الاجتماعيـة هى الهدف من السياسة الجنائية، فلا يقبل الالتجاء إلى وسائل يأباها المجتمع وينفر منها، ومن هذه الوسائل كل ما ينافى العدالة.

وبنـاء على ذلك، فإن تفريـد العقـاب من أجل إصلاح المجـرم يجب ألا ينبنى على وسائل غير عادلـة، ولذلك قيل بأنه لا يجوز أن يبلغ حد الجسامـة إلا بالقدر الضرورى لتحقيق أهـداف العقاب[2]. فـالتناسب عنـد الحكم بالعقـوبة لا يكـون بين العقوبـة والجريمة ، وإنما بين العقوبة والعناصر التى يتوقف عليها تحقيق أهدافها وهى الخطورة الإجرامية وجسـامة الجريمة . فالخطـورة تبين مدى استعداد المجرم لمزيـد من الإجرام، وجسامة الجريمة تكشف عن مدى الخطـورة . والواقع من الأمر، فإنه كلما نمى الشعور الاجتماعى على ضوء المعطيات العلمية الحديثة واستقر فى الأذهان أن العقاب يهدف إلى

---

(١) Hulsman, op. cit., Rev. Sc. Crim, 1970, p.514.

(٢) انظر: Hulsman, op. cit., Rev. Sc. Crim, 1970, p.622.

علاج أسباب الإجرام عند المجرم، كلما تغير معيار العدالة بين أفراد المجتمع فلا يتوقف على التناسب بين العقوبة والجريمة، وإنما بين العقوبة من ناحية، والخطورة الإجرامية وجسامة الجريمة من ناحية أخرى. وفى هذه الحالة سوف يتطابق معنى العدالة مع المعايير العلمية للعقاب. فالعقاب غير العادل سوف يكون هو العقاب غير الملائم من الناحية العلمية، والعقاب العادل هو العقاب الفعال.

٢١٧- مدى دستورية المسئولية الجنائية للشخص المعنوى:

يثور البحث حول مدى دستورية المسئولية الجنائية للشخص المعنوى، باعتبار أن هذه المسئولية تؤدى إلى الحكم بعقوبات على الشخص المعنوى تصيب فى النهاية بحكم اللزوم أعضاء الشخص المعنوى والعاملين فيه، الأمر الذى يثير بالتالى شبهة المساس بمبدأ شخصية العقوبة.

وتنقسم المسئولية الجنائية للشخص المعنوى فى القانون المصرى إلى نوعين:

(١) مسئولية غير مباشرة، تتوقف على صدور حكم بمعاقبة أحد العاملين لدى الشخص المعنوى تترتب بعدها مسئولية هذا الشخص المعنوى. فمسئولية هذا الأخير ليست مستقلة عن مسئولية الشخص المعنوى، بل هى تابعة له وتدور معه وجودا وعدما. ومثال ذلك، المادة ٢٠٠ من قانون العقوبات[1]، والمادة ١١ من القانون رقم

---

(١) تبدو هذه المسئولية فى حالتين هما:

(أ) إذا حكم على رئيس التحرير أو المحرر المسئول أو الناشر عن جناية ارتكبت بواسطة جريدة أو فى الجنحتين المنصوص عليهما فى المادة ١٧٩ عقوبات (إهانة رئيس الجمهورية)، والمادة ٣٠٨ عقوبات (العيب أو الإهانة أو القذف أو السب الماس بالأعراض)، فإنه يحكم وجوبيا على الشخص المعنوى بعقوبة تعطيل الجريدة لمدة شهر بالنسبة للجرائد التى تصدر ثلاث مرات فى الأسبوع أو أكثر ولمدة ثلاثة أشهر بالنسبة للجرائد الأسبوعية ولمدة سنة فى الأحوال الأخرى.

(ب) إذا حكم على رئيس التحرير أو المحرر المسئول أو الناشر عن جريمة ارتكبت بواسطة الجريدة غير الجرائم المذكورة فى الحالة السابقة، يجوز معاقبة الشخص المعنوى صاحب الجريدة بتعطيل الجريدة لمدة لا تتجاوز نصف المدة المقررة فى الحالة السابقة. وإذا حكم بالعقوبة مرة ثانية فى جريمة مما ذكر فى الحالة الثانية وقعت أثناء السنتين التاليتين لصدور حكم سابق بعقوبة مرة ثالثة فى جريمة مما ذكر فى الحالة الثانية وقعت فى أثناء السنتين التاليتين لصدور الحكم الثانى وجب تعطيل الجريدة مدة تساوى المدة المنصوص عليها فى الحالة الأولى.

٣٨ لسنة ١٩٩٤ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبى[١]، والمادة ٦٨ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بإصدار قانون سوق رأس المال[٢]، والمادة ٩٦ من حماية البيئة الصادر بالقانون رقم ١٩٩٤[٣].

(٢) مسئولية مباشرة لا تتوقف على مسئولية أحد العاملين فى الشخص المعنوى ولم يعرف القانون المصرى هذه المسئولية من حيث المبدأ، ولكنه أقرها فى الجرائم المنصوص عليها فى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع الغش والتدليس والمعدل بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤ (المادة ٦ مكررا «٢»)[٤]. وقد أقر قانون العقوبات الفرنسى الجديد (المادة ١٢١/ ٢) مبدأ المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية، وحدد فى نصوص أخرى القواعد المتعلقة بطبيعة ونظام العقوبات القابلة للتطبيق على الشخص المعنوى. وقد سبق أن أقرت تشريعات بعض الدول مبدأ المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية، كما هو الحال فى الولايات المتحدة وكندا والمملكة المتحدة وهولندا. وقد سبق أن أوصت لجنة الوزراء بمجلس أوربا فى عامى ١٩٨١ و ١٩٨٨ بتطبيق المسئولية والجزاءات الجنائية على الشركات إذا تطلبت ذلك طبيعة الجريمة وجسامة خطأ الشركة، والنتائج التى تصيب المجتمع وضرورة منع الجرائم الأخرى[٥].

---

(١) نصت على أن يكون المسئول عن الجريمة فى حالة وقوعها من شخص اعتبارى أو إحدى الجهات الحكومية أو وحدات القطاع العام أو وحدات قطاع الأعمال العام هو مرتكب الجريمة من العاملين لدى الشخص أو الجهة أو الوحدة مع مسئوليته.

(٢) نصت على مسئولية الشركة التضامنية عن الغرامات التى يحكم بها بالمخالفة لأحكام هذا القانون.

(٣) نصت على مسئولية الشركة التضامنية عن سداد الغرامات التى توقع تنفيذًا لأحكام القانون الصادر فى شأن البيئة بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٤.

(٤) نصت هذه المادة على أنه دون إخلال بمسئولية الشخص الطبيعى المنصوص عليها فى هذا القانون، يسأل الشخص المعنوى جنائيا عن الجرائم المنصوص عليها فى هذا القانون إذا وقعت لحسابه أو باسمه بواسطة أحد أجهزته أو ممثليه أو أحد العاملين لديه. ويحكم على الشخص المعنوى بغرامة تعادل الغرامة المعاقب بها عن الجريمة التى وقعت، ويجوز للمحكمة أن تقضى بوقف نشاط الشخص المعنوى المتعلق بالجريمة لمدة لا تزيد على سنة، وفى حالة العود يجوز الحكم بوقف النشاط لمدة لا تزيد على خمس سنوات أو بإلغاء الترخيص فى مزاولة النشاط نهائيا.

(٥) انظر:

Frédéric Desportes et Francis le Gunehec, le nouveau droit pénal, Tome I, Droit pénal général, 5 ènes édition, 1998, No. 570, 575.

وحول مـا أثير من شبهة عدم دستوريـة المسئولية الجنائيـة للشخص المعنوى بسبب مساسها بشخصية العقوبة نظرا إلى أن نتائجها تصيب كل من أعضاء الشخص المعنوى والعاملين بها، فإنه يـلاحظ بادئ ذى بدء أنه لا يوجد مـا يحول فى جميع العقوبات دون مسـاسهـا بـأسرة المحكـوم عليـه، بل إنها إذا قضى بها على شخص صــاحب المنشأة الفردية، فإن غلق هذه المنشأة يؤثر على وظيفة العاملين بها.

وقد ذهب المجلس الدستورى الفرنسى إلى أنـه لا يوجد أى مبدأ دستورى يقف دون الحكم بغرامة على الشخص المعنوى[1] وسنحت الفرصة لعـرض الموضوع على المجلس الدستورى[2] بمناسبة فحص طعن مقدم ضد مشروع القـانون الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٩٨ بشأن دخول وإقامة الأجانب فى فرنسا، فقد نص على إعفاء بعض الشركات من العقاب عن جريمـة مساعدة الأجنبى الذى يكون فى وضع غير قـانونى، فقرر المجلس بأن هذا الإعفاء يخالف الدستور لأنه جاء لصالح شركات تحدد بطريقة تحكمية بواسطة وزير الداخليـة، ثم أضاف المجلس الدستورى بأن أهداف المشرع فى مجال الـرقابة على المهـاجـرين من الأجانـب يبرر وضع نظام للعقـوبـات يطبق على كل من الأشخـاص الطبيعيـة و «الأشخاص المعنـوية»، ممـا يجيز للمشرع وضع القـواعد المتعلقـة بتحديـد الجرائم والعقوبـات القابلـة للتطبيق عند وقـوعها، وأنـه يجوز للمشرع فى حدود احترام مبادئ المساواة والشرعية ـ والتى لم يحترمها مشروع القانـون سالف الذكر، تقرير الإعفاء من العقاب لبعض الأشخاص الطبيعية أو « المعنوية».

وواقع الأمر، أن مبـدأ المسئولية الجنائيـة للشخص المعنوى لا يؤدى فى حـد ذاته إلى مخالفـة مبدأ شخصيـة العقوبـة، وإنما تقع هـذه المخالفـة إذا نص القـانون على تنفيـذ الغرامات المحكـوم بها على الشخص المعنوى من الذمة الماليـة لأعضائه. ومن ثم، فلا يجوز عند تقرير مسئـولية الشخص المعنوى اعتبار الشركاء مسئولين بـالتضامن وبصورة غير نهائية عن الغرامات المحكوم بها على هـذا الشخص المعنوى، ولا يجوز تحميل مدير الشخص المعنوى بمبالغ الغرامات المحكوم بها على هذا الشخص المعنوى. ومن ناحية أخرى، لا يجوز فى حـالة تقريـر المسئولية الجنـائية للشخص الطبيعى تحميل الشخص

---

(١) Décision No. 30 Juillet 1982, 82 - 143 Dc, Recueil jur. const. 1959 - 1993, p.130.

(٢) Décision No.98 - 399 Dc du 5 Mai 1998, T.O. 12 Mai 1998, p.7092.

المعنوى بالتضامن مع ما يقضى به على الشخص الطبيعى من غرامات ما لم يثبت وجود خطأ من الشخص المعنوى كما إذا كان الشخـص الطبيعى من أجهزة الشخص المعنوى أو ممثلا لـه . وتنطوى المسئولية الجنـائية غير المباشرة للشخص المعنـوى على عيب عدم الدستورية إذا أسست على مجرد مسئـولية الشخص الطبيعى العامل بها ، إذا لم يثبت أنه قام بها باسمها أو نيابة عنها ، إذ يجب أن يثبت صدور فعل مادى من الشخص المعنوى من خلال من يعمل باسمه أو نيابة عنه ، وإلا أضحت مسئوليته عن فعل الغير[1].

---

(١) انظر مثالا لذلك مسئولية رئيس الحزب (دستـورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستـورية» ، مجموعة أحكام الـدستورية العليا جـ٧ قـاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢) حيث كانت مسئولية رئيس الحزب تدور وجودا وعدما مع مسئولية رئيس التحرير.

القسم الثـــانى

الضمانات الدستورية للحقوق والحريات
فى قانون الإجراءات الجنائية

٢١٨ ـ تمهيد:

فرغنا فى القسم الأول من هذا الجزء الثانى من بحث الضمانات الدستورية للحقوق والحريات فى قانون العقوبات. ونخصص هذا القسم الثانى لبحث الضمانات الدستورية للحقوق والحريات فى قانون الإجراءات الجنائية. وترتكز الضمانات فى هذا القانون على القيم الدستورية التى تتمتع بها الحقوق والحريات. فيرتكز دور المشرع الإجرائى الجنائى على تنظيمها ورسم حدودها، ويقع على القاضى الجنائى مسئولية تطبيقها. ويتقاسم كلٌّ من المشرع والقاضى مسئولية توفير تطبيق هذه الضمانات فى إطار التوازن بينها وبين سائر القيم الدستورية.

ويضم هذا القسم ثلاثة أبواب:

(الأول): الأصل فى المتهم البراءة.

(الثانى): القضاء هو الحارس الطبيعى للحريات.

(الثالث): ضمانات المحاكمة المنصفة.

الباب الأول

الأصل فى المتهم البراءة

الفصـــل الأول
أساس أصل البراءة وطبيعته

٢١٩ـ أصل البراءة حق يحميه الدستور

الأصل فى المتهم البراءة يشير إلى حالـة مؤقتة وغامضة يمـر بها المتهم، قبل أن تتأكد بـراءته ممـا هو منســوب إليه وقبل أن يتم التحقق من إدانتـه. ويعتبر هذا الأصل مبـدأ أساسيا فى النظام الديمقراطى للإجراءات الجنائية، ومن مفترضات المحاكمة المنصفة. وقد وصفه مجلس اللوردات بأنه خيط ذهبى فى نسيج ثوب القانون الجنائى[١]. وأيا كان اختلاف القوانين فى وضع أصل البراءة فى الهيكل الهرمى للنظام القانونى، فإنه يعتبر من حقوق الإنسان، ومـن الحقوق «الأساسية» فى الدسـاتير التى أخذت بهذا التعبير، ومن الحقوق التى تنـال الحماية الدستورية، فقـد نص الإعلان العالمى لحقـوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ على أن كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا حتى تثبت إدانتـه قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيهـا الضمانات للدفاع عنه (١١/ ١). وقد أكد هـذا المبدأ العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية الذى وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٦٦ بإجماع الآراء (المادة ١٤). كما نصت عليـه الاتفاقيـة الأوروبية لحمايـة حقوق الإنسـان وحرياتـه الأساسية لسنة ١٩٥٠ (المادة٦). وقد أكـده مشروع حقوق الإنسان والشعب

(١) J. Spencer, "Le droit anglais" Revue International de droit pénal, 1992 (vol. 1 et 2) "la pre-vue en procédure pénal comparée, p. 83 et 90.

فى الـوطن العـربى الـذى وضعه مـؤتمر الخبراء العـرب الـذى انعقد فى المعهـد الـدولى للدراسـات العليا فى العلـوم الجنائيـة فى سيراكوزا فى ديسمبر سنـة ١٩٨٥ ، إذ نص فى (المادة ٥/ ٢) على أن المتهم بـرىء حتى تثبت إدانته بحكم قضـائى صادر من محكمـة مختصة . ويعتبر هذا الأصـل مبدأ أساسيا لضمان الحرية الشخصيـة للمتهم ، ومقتضاه أن كل متهم بجريمـة مهما بلغت جسامتهـا يجب معاملته بـوصفه شخصا بـريئا حتى تثبت إدانته بحكم قضائى بـاتٍّ . وقد أكد هذا المبدأ الدستـور المصرى الصادر فى سنة ١٩٧١ (المادة ٣٤/ ١) ، والتـونسى (الفصل رقم ١٢) ، والسـورى (المادة ١٠/ ١) ، والليبى (المادة ١٥) .

ويتفق هذا المبدأ مع أصول الشريعة الإسلامية الغراء ، فقد ورد فى الحديث الشريف «ادرءوا الحدود عن المسلمين مـا استطعتـم ، فإن وجـدتم للمسلـم مخرجـا فخلـوا سبيله ، فإن الإمام لأن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة» .

٢٢٠-تاريخـه

كانت المجتمعات البدائية تخضع لتأثير المعتقـدات الدينية . ووفقا لذلك كان المتهم تفترض فيه الإدانة ، وكان إثبات البراءة عبئا عليه ، ونظـرا لشدة عقوبة اليمين الكاذبة ، فقـد كـان اليمين يعتمـد أساسـا على قيمـة اليمين التى يحلفهـا المتهم مـؤيـدة ببعض التعـاويذ الـدينيـة ، وفى كثير من الأحيـان ، كان العقـاب يعتمـد على التحكيم الإلهى المتمثل فى اتخاذ إجراءات ماسة بالحرية مثل التعذيب والتقاتل[١] .

وفى القانـون الرومـانى ، حينما كانـت المحاكمة تتـم بإجراءات شفـوية علنيـة كان الأصل فى المتهم البراءة ، وعلى سلطـة الاتهام إثبـات العكـس ، وعنـدمـا اختفى نظـام الإجـراءات الشفويـة العلنيـة ، وحلت محلها الإجـراءات المكتـوبة ، أصبح من سلطـة القاضى أن يطلب من المتهم تقديم إيضاحات عن مـوقفه وإلقاء عبء الإثبات عليه ، وذلك عن طريق افتراض الجرم فى حقه .

على أن قوانين الإجراءات الجنـائية الوضعية لم تتبع فى تطورها خطـا واحدا مستمرا .

---

(١) lévy - Bruth, La preuve judiciaire, Paris,1963, p. Garraud, Traité théorique d'instruction criminelle et de procédure pénale, Paris,1907-1928 tome1,No.12, p.14.

فقد تأثر موقفها إلى حد كبير بطبيعة النظام الإجرائى الذى تعتنقه[1]، وهو ما يتوقف على نظامها القانونى للحريات العامة.

ففى ظل النظام الاتهامى، كان مجرد توجيه الاتهام يمثل مساسا بالحرية الفردية، ويلزم ممثل الاتهام بتقديم الدليل على صحة دعواه. وكان يفترض فى المتهم البراءة حتى يثبت عكسها، ولذلك كانت ضمانات الحرية الفردية هى السمة التى يتطبع بها هذا النظام. فكما قالت المحكمة الدستورية العليا فى مصر لا يعدو أن يكون افتراض براءة المتهم، أن يكون استصحابا للفطرة التى جبل الإنسان عليها، وهو كذلك وثيق الصلة بالحق فى الحياة، وبدعائم العدل التى تقوم على قواعدها النظم المدنية والسياسية جميعها. ومن ثم، كان أصل البراءة جزءا من خصائص النظام الاتهامى[٢].

ومنذ القرن الثالث عشر بدأ النظام الاتهامى فى الاضمحلال، ليفسح المكان لنظام التحرى والتنقيب الذى تأكد تطبيقه بصورة كاملة منذ القرن السادس عشر ووضحت معالمه بوجه خاص فى القرن السابع عشر. وفى هذا النظام حلت قرينة الإثم أو الإذناب "présomption de culpabilité" محل أصل البراءة. وقد تغلبت مصلحة المجتمع فى البحث عن الدليل لمعرفة الحقيقة على مصلحة الفرد فى حماية حريته الأساسية، فكان عبء الإثبات يقع على النيابة العامة والقاضى. ولم يكن على المتهم عبء إثبات براءته إلا فى الجرائم الجسيمة مثل الشعوذة والسحر. والواقع من الأمر فى هذا النظام الإجرائى، رغم إلقائه عبء الإثبات فى معظم الجرائم على عاتق النيابة العامة والقاضى، إلا أنه لم يفترض براءة المتهم فيما يتعلق بالإجراءات الماسة بالحرية. ففى هذا الصدد افترض فيه الجرم، فكان الأصل فى التحقيق هو القبض والحبس الاحتياطى حتى قيل بأن (من لا يبدأ بالقبض سوف يفقد المجرم). وعلى الرغم من تمتع المتهم ببعض الضمانات فى هذا النظام الإجرائى إلا أن افتراض الجرم فى حقه أدى إلى مصادرة جانب كبير من حريته الفردية لصالح الاتهام. ويمكن القول بأن هذا النظام قد أخذ بكل من أصل البراءة وقرينة الجرم فى حدود معينة. فبالنسبة إلى عبء الإثبات، الأصل

---

(١) Sasserath, procédure accusatoire et procedure inquistoriale, Rev. Sc. Crim, 1925. p.et S.
Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France. Paris, p. 43 et s.
H. Faustin, Traité d'instruction criminelle, 2 ème édition, Paris, 1866 - 1867, Tome IV. No. 1555 et 1560.

(٢) دستورية عليا فى ٣ يناير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد (٣) فى ١٥ يناير سنة ١٩٩٨.

فى المتهم البراءة. ومن ثم فهـو ليس مكلفـا بإثبـات بـراءتـه . أما بـالنسبـة إلى الحريـة الفردية، فالأصل فى المتهم هو الجرم ولذلك يجيـز إهدار حريته الفردية فى أثناء التحقيق حتى يثبت عكس هذا الأصل.

ومنذ القرن الثامن عشر بـدأت الانتقادات توجه إلى مظاهر المساس بـالحرية الفردية فى النظام الإجرائى، وانتشرت الأفكار الفلسفية التى تنادى باحترام هذه الحرية الفردية، ففى إيطـاليا نـادى بيكاريـا فى كتابـه (الجرائم والعقوبـات) لسنة ١٧٦٤ بأنـه لا يجوز وصف شخص بأنـه مـذنـب قبل صـدور حكم القضـاء، وأنـه لا يجوز للمجتمع أن يسحب حمايته إياه قبل إتمام محاكمته عن الجريمة المنسوبة إليه[١].

وانتقد بيكاريا بشدة استعمال التعذيب عند التحقيق مع المتهم، قائلا إن من نتائجه الغـريبـة أن يكـون المجـرم فى وَضْع أحسـن حـالا من البرىء، لأن الثـانى قـد يعترف بالجريمة تحت وطأة التعذيب فتتقرر إدانته، أما الأول فإنه قد يختار بين ألم التعذيب وألم العقوبة التى يستحقهـا فيختار الألم الأول لأنه أخف لديـه من ألم العقاب فيصمم على الإنكار وينجو من العقوبة[٢]. وقال مونتسكيو فى كتابـه (روح القوانين) بأنه عندما لا تضمن براءة المواطنين فلن يكون للحرية وجود[٣].

وقد جاء إعلان حقـوق الإنسان الصادر فى سنة ١٧٨٩ إبان الثورة الفـرنسية مؤكدا مبدأ الأصـل فى الإنسان البراءة حتى تتقـرر إدانته (المادة ٩)، ثـم تأكـد هذا المبـدأ بعد ذلك فى الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر فى سنة ١٩٤٨ .

ويعتبر هذا المبـدأ من الأصول الأساسيـة فى النظم الإجرائية المعـاصرة. وقد انتكس هـذا المبدأ فى العهـود التى لم تنل فيهـا الشرعيـة احترامها الـواجب . وقـد تجلى ذلك فى الاتحاد السوفييتى فى عهد ستالين، وخاصة فى سنة ١٩٣٠ فيما يتعلق بجنايات الاعتداء على الثورة. فقد كان من المقرر فى هذه الجرائم بأن الاتهام يعتبر أسـاسا كافيا للاقتناع، وأن اعتراف المتهم بالإضافة إلى ذلك ــ يعتبـر دليلا ملائما للإدانة لأنـه ـ كما يقـال ـ لا يمكن أن يعترف أحد بمثل هذه الجنايات ما لم يكن مذنبا فى حقيقة الواقع.

---

(١) BECCARIA, Introduction de MARC ANCEL et G.STRFANI, éd cujas, Paris,1966,82.

(٢) BECCARIA, op. cit., p.85.

(٣) Montesquieu, De l'ésprit des lois, éd. Garnier, 1965, livre, XII, Chap. II, p.196 et s.

٢٢١ـ الأساس القانونى لأصل البراءة

يعتبر هذا الأصل ركيزة أساسية للشرعية الدستورية فى قانون الإجراءات الجنائية. وتتوافق هـذه الركيزة مع الركيـزة الأولى للشرعية الدستورية فى قانون العقـوبات، وهى شرعيـة الجرائم والعقوبـات، ذلك أن تطبيق قـاعدة «لا جـريمـة ولا عقوبـة إلا بنص قانونى» يفترض حتما قاعدة أخـرى، هى افتراض البراءة فى المتهم حتى يثبت جرمه وفقا للقانون. وقد عنى البعض[١] عند التعليق على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، بأن يشير صراحـة إلى أن المعنى الحقيقى لقـاعـدة «شرعيـة الجرائم والعقـوبـات» يتمثل فى ضمان أصل البراءة لكل متهم.

هذا، وقد أكد المؤتمر الذى عقدته الجمعية الدولية لرجال القانون فى نيودلهى فى عام ١٩٥٩ أن تطبيق مبـدأ الشرعية ينطـوى على الاعتراف بقاعـدة أن المتهم تفترض براءتـه حتى تتقرر إدانته[٢].

وقد ذهب البعض[٣] إلى أن أصل البراءة مثـال واضح للحيلة القـانونيـة[٤]. فمن الناحيـة الواقعية يبدو واضحـا أن القانون قـد وضع بهذا الأصل قناع البراءة على المتهم بغض النظر عن الوقائع المنسوبة إليه وأدلتها، بقصد ترتيب نتائج قانونية معينة. وتبدو هـذه النتـائج فى الحريـة الشخصيـة التى يجب أن يتمتـع بها المتهم خـلال الخصـومـة الجنائية، والتى يترجمها القانـون إلى ضمانات لتوفير محاكمة منصفة. كما أن أصل البراءة يؤثر فى قواعد الإثبـات فيخضع المتهم للمعاملة التى تتفق على افتراض براءته. على أن القانون لا يثبت عند منطق الحيلة القانونية، فيضع ثغرة تتخلل هذا المنطق حين تقتضى ضرورة التحقيق تقييد حرية المتهم فى حدود معينة قبل الحكم بإدانته. على أن هذا الرأى مردود عليه بأن أصل البراءة حق من حقوق الإنسان وليس أمرا مصطنعا.

والواقع من الأمـر، أن حماية الحقوق والحريـات التى كفلها الدستـور لكل مواطن،

---

(١) KAREL VASAK, La convention Européenne droits de l'homme, Paris1964, p.48-49.

(٢) vasak, op. p.18.

(٣) انظر: R. Koering - Joulin, La presomption d'innocence (La présomption d'innocence en droit comparé, collogue du 16 jonvier 1998, pp. 24-26, Société de législation comparé, 1998, pp. 24-26.

(٤) قال العميد Corni إن الحيلة القانونية هى أحد أكاذيب القانون "Un mensonge de la loi" Vocabulaire juridique, Association H capitant, 3éd., Revue puf, 1987, v. "fiction"

تفترض براءته إلى أن تثبت إدانتـه فى محاكمة منصفة . وإذا كانت قـاعدة شرعية الجرائم والعقـوبـات قـد أكـدت أن الأصل فى الأشياء الإبـاحـة وأن الاستثنـاء هـو التجـريم والعقـاب، فإنه استنتـاجـا من هذا الأصل، يجب النظـر إلى الإنسـان بوصفـه بريئـا، فكلاهما وجهان لعملة واحدة [١]. ولا تنتفى هذه البراءة إلا عندمـا يخرج الإنسان من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم، وهو ما لا يمكن تقريره إلا بمقتضى حكم قضائى وفقا للدستور[٢]. فهذا الحكم هو الذى يقرر إدانـة المتهم فيكشف عن ارتكابه الجريمة. لذا حق القول بأن المتهم برىء حتى تتقرر إدانته. والاعتماد على الحكم وحده لدحض أصل البراءة يُبنى على أن القضاء هو الحارس الطبيعى للحريـة، فيملك بناء على هذا الأصل تحديد المركز القانـونى للمحكوم عليه بالنسبة إلى الحقـوق والحريات. فيكون الانتقاص من هذه الحقوق والحريات هو الجزاء الجنائى المترتب على إدانته بالجريمة التى ارتكبها. ولهذا أصبح أصل البراءة أحد الركـائز الجوهرية التى لا تقوم المحاكمـة المنصفة بدونها، وأمرًا لازمًا لإدارة العـدالة الجنائية إدارة فعـالة[٣]. وقد ساق الفقه[٤] بعض الاعتبارات المكملة تأييدا لهذا الأصل العام يمكن إجمالها فيما يلى :

(١) حماية أمن الأفـراد وحريتهم الفرديـة ضد تحكم السلطـة عند افتراض الجرم فى حق المتهم.

(٢) تفـادى ضرر لا يمكن تعـويضـه إذا ما ثبت بـراءة المتهم الـذى افترض فيـه الجرم وعومل على هذا الأساس.

(٣) يتفق هـذا الأصل العـام مع الاعتبـارات الـدينيـة والأخـلاقيـة التى تهتم بحمايـة الضعفاء.

(٤) يسهم هذا الأصـل فى تلافى الأخطاء القضـائية بإدانـة الأبريـاء، وخاصـة أن هذه الأخطاء تفقد الثقة فى النظام القضائى فى نظر المجتمع.

---

(١) ولهذا قيل بأن البراءة تتفق مع طبيعـة الأشياء : Rossi; Commentaires sur J. Bentham, Traité des preuves judiciaires, 2ème éd, Paris, 1830, II, pp. 23 et 24.

(٢) وذلك طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات، ولأن القضاء هو الحارس الطبيعى للحريات.

(٣) انظر فى عرض هذه الاعتبارات.

J. Essaid; La présanption d'innocence, thése dacty, Paris, 1969, pp. 75 - 82.

(٤) دستورية عليا فى ٣ يناير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٥) استحالة تقديم الدليل السلبى، وفى هذا الشأن يقول بعض الفقهاء إنه إذا لم تفترض البراءة فى المتهم، فإن مهمة هذا الأخير سوف تكون أكثر صعوبة لأنه يلتزم بتقديم دليل مستحيل وفقا للقواعد المنطقية، فالمتهم سوف يكون ملزما بإثبات وقائع سلبية، وهو دليل يستحيل تقديمه. ويترتب على ذلك أن يصبح المتهم غير قادر على إثبات براءته مما يؤدى إلى التسليم بجرمه حتى ولو لم يقدم ممثل الاتهام دليلا عليه(١).

٢٢٢ـ الاعتراضات الموجهة إلى أصل البراءة

انتقد مؤسسو المدرسة الوضعية فى القانون الجنائى أصل براءة المتهم بسبب طبيعته المطلقة التى تؤدى فى نظرهم إلى نتائج مبالغ فيها، وتتمثل أهم هذه الانتقادات فيما يلى(٢):

(١) افتراض البراءة لا يصلح إلا بالنسبة إلى المجرم بالصدفة أو بالعاطفة، ويتعين رفضه بالنسبة إلى المجرم بالميلاد والمجرم المحترف.

(٢) يؤدى افتراض البراءة فى المتهم إلى منح المجرمين نوعا من الحصانة غير المرغوب فيها مما يضر بالمجتمع.

(٣) أثبت العمل دحض هذا الافتراض لأن معظم المتهمين تتقرر إدانتهم.

٢٢٣ـ الرد على الاعتراضات

يمكن الرد على هذه الاعتراضات بأن التمييز بين أنواع المجرمين لا يرد إلا بعد إثبات إدانتهم وليس فى مرحلة الاتهام، فضلا عن أنه من الخطأ الاعتماد على هذا التقسيم العلمى فى نطاق الإجراءات الجنائية؛ لأن القدرة على تصنيف المجرمين ـ بفرض صحة هذا التصنيف لا يمكن أن تأتى إلا فى مرحلة متأخرة وبعد بحث دقيق لشخصيتهم(٣).

---

(١) Polkansky; La présomption d'innocence dans la procédure pénale soviétique, Rev l'Etat et le droit sovietque No.9 Septembre 1949, p.3 et s.

(٢) Enrico Ferre; La sociologie criminelle, 2ème édition, Paris, 1914, No.73, p. 492 et s. 492 et s. Tarde; philosophie pénale, 1900, p. 451.

(٣) Merle et Vitu, Traité, 2 ème édition, Tome II p. 133.

وليس صحيحا أن افتراض البراءة يعطى للمجرمين نوعا من الحصانات، فهى حصانة للناس جميعا ضد التحكم والتعسف وهى ضمان أكيد للحرية الأساسية للأفراد.

أما القول بأن معظم المتهمين تتقرر إدانتهم، فهو فضلا عما يعوزه من دقة، فإنه مردود من الناحية النظرية بأن الحكم ببراءة بعض المتهمين أكد صحة افتراض براءتهم منذ توجيه الاتهام إليهم. وخير للمتهم أن يفلت من العقاب من أن يدان برىء واحد. وربما لو أهدرنا هذا الافتراض لما حكم ببراءتهم تحت الاعتقاد الخاطئ بإدانتهم. وإذا تحققت إدانة معظم المتهمين المقدمين إلى المحاكمة، فإن ذلك يرجع إلى دقة سلطة الاتهام فى عدم رفع الدعوى الجنائية عليهم إلا بناء على أدلة كافية، وهى دقة معرضة للخطر إذا ما انهار «الأصل فى الإنسان البراءة»، وأصبح من السهل إدانة المتهم بناء على مجرد شبهات.

وأخيرا، فإنه إذا كانت المصلحة العامة فى إدانة المجرمين ومعاقبتهم، فإن هذه المصلحة تتعارض أيضا مع الاعتداء على حريات الأبرياء، والدفاع عن هذه الحريات فى مجال إثبات الإدانة على وجه قطعى لا يعتبر قيدا على المصلحة العامة، لأن المصلحة المحمية وهى الحرية الشخصية هى مصلحة تهم المجتمع بأسره ولا تقل أهمية عن المصلحة العامة فى معاقبة المجرمين. وهذا المعنى هو ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية فى قولها (لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بدون وجه حق)[1].

٢٢٤ـ طبيعة أصل البراءة

ذهب البعض إلى أن «الأصل فى المتهم البراءة» يعتبر قرينة قانونية بسيطة[2]، والقرينة هى استنتاج مجهول من معلوم، والمعلوم هو أن الأصل فى الأشياء الإباحة ما لم

---

(١) نقض ٢١ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجموعة الأحكام س ٩ رقم ٢٠٦ ص ٨٣٩، وفى ذات المعنى نقض ٢٥ يناير سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ٢١ ص ٨٧ و ٢١ يناير سنة ١٩٦٧ س ١٨ رقم ٢٤ ص ١٢٨ و ١٥ فبراير سنة ١٩٨٤ س ٣٥ رقم ٣١ ص ١٥٣.

(٢) ESSAID, La presomption d'innocence, Thése, op, cit., pp.73 et 74.

وانظر مؤلفنا فى الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٦ ص ١٨٦.

يتقرر العكس بحكم قضائى وبناء على نص قانونى وقوع الجريمة واستحقاق العقاب، والمجهول المستنتج من هذا الأصل هو براءة الإنسان حتى تثبت إدانته بحكم قضائى .

إلا أن المحكمة الدستورية العليا انتهت إلى أن افتراض البراءة لا يتمحض عن قرينة قانونية، ولا هو من صورها، على أساس أن القرينة القانونية تقوم على تحويل للإثبات من محله الأصلى ـ ممثلا فى الواقعة مصدر الحق المدعى به ـ إلى واقعة أخرى قريبة منها متصلة بها، وهذه الواقعة البديلة هى التى يعتبر إثباتها إثباتا للواقعة الأولى بحكم القانون، وليس الأمر كذلك بالنسبة إلى البراءة التى افترضها الدستور، فليس ثمة واقعة أحلها الدستور محل واقعة أخرى وأقامها بديلا عنها، وإنما يؤسس افتراض البراءة على الفطرة التى جبل الإنسان عليها، فقد ولد حرًا مبرأ من الخطيئة أو المعصية، ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لازال كامنا فيه، مصاحبا له فيما يأتيه من أفعال إلى أن تنقض محكمة الموضوع بقضاء جازم ـ لا رجعة فيه ـ هذا الافتراض، على ضوء الأدلة التى تقدمها النيابة العامة مثبتة بها الجريمة التى نسبتها إليه فى كل ركن من أركانها، وبالنسبة إلى كل واقعة ضرورية لقيامها[1]. ولهذا انتقدنا الرأى الذى نادى باعتبار أصل البراءة (أو قرينته) حيلة قانونية قائمة على الاصطناع .

وقد أكد الدستور المصرى لسنة ١٩٧١ هذا الأصل، فنصت مادته السابعة والستون على أن (المتهم برىء حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه) وقد سلم بهذا الأصل كل من النظام القانونى الأنجلوسكسونى والنظام القانونى اللاتينى[2].

ولا يكفى لدحض هذا الأصل أدلة الإثبات الواقعية المقدمة من النيابة العامة، وبواسطة الإجراءات التى يباشرها القاضى الجنائى بحكم دوره الإيجابى فى إثبات الحقيقة . بل يظل هذا الأصل قائما رغم الأدلة المتوافرة والمقدمة من أجل دحضه، حتى يصدر حكم قضائى بات يفيد إدانة المتهم . فالقانون يعتبر الحكم القضائى البات عنوان حقيقة لا تقبل المجادلة .

---

(١) دستورية عليا فى ٣ يولية سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٥ سنة ١٦ قضائية «دستورية».
(٢) انظر تقريرا عن بلاد Common law عن البلاد الأوروبية فى المجلة الدولية لقانون العقوبات لسنة ٦٤ (١٩٩٢) ص ٣٣، ٥٥ .

وبهذا الحكم ينقضى أصل البراءة وتتوافر قرينة قاطعة على حقيقة ما قضى به الحكم . وهذه القرينة القاطعة وحدها هى التى تصلح لإهدار الأصل فى المتهم البراءة إذا كان الحكم الباتّ قاضيا بالإدانة . فلا يكفى إذًا لدحض هذا الأصل مجرد قرائن الإثبات الأخرى، سواء كانت من القرائن القانونية ــ البسيطة أو القاطعة ــ أو القضائية . وهذا الأصل العام تمتد آثاره إلى كل من إثبات الجريمة أو إثبات أسباب الإباحة أو موانع المسئولية .

فإدانة المتهم تتوقف على انتفاء الإباحة وعدم توافر موانع المسئولية . وعلى النيابة العامة فى مقام الإثبات أن تقدم ما ينقض أصل البراءة الذى لا يكون إلا من خلال حكم قضائى بات بإثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم مع تقرير مسئوليته وعدم توافر أحد أسباب الإباحة[1] .

ولما كان أصل البراءة ليس إلا تأكيدا لأصل عام هو حرية المتهم، فإنه يترتب عليه ضرورة حماية جميع الحقوق والحريات، والتى بغيرها يفقد أصل البراءة معناه، لأن الحرية لا يمكن أن ترتفع من خلال انتهاكات للحقوق والحريات التى تكون معها وحدة متكاملة هى كرامة الإنسان . فلا معنى لأصل البراءة إذا أجريت المحاكمة من خلال إجراءات لا تحترم فيها حقوق الدفاع . وهذا هو ما أدركته توصيات الحلقة التمهيدية للمؤتمر الدولى الخامس عشر لقانون العقوبات المنعقدة فى أسبانيا فى مايو سنة ١٩٩٢ التى بحثت موضوع حركات إصلاح الإجراءات الجنائية وحماية حقوق الإنسان . وقد ظهر هذا المعنى واضحا فيما نصت عليه (المادة ٦٧/ ١) من الدستور المصرى التى أوجبت أن تثبت إدانة المتهم فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه . ومؤدى ذلك أن المحاكمة (القانونية) أى المنصفة ــ أى التى تحترم فيها سائر حقوق المتهم ــ شرط لازم لثبوت الإدانة التى تنفى أصل البراءة . ومن ثم فإن الأصل لا ينتفى بمجرد إحالة المتهم إلى المحاكمة[2]، بل يتوقف أمر انتفائه على صدور حكم باتّ بالإدانة .

ولما كان أصل البراءة لا يتحقق بدون هذا الحكم فلا يجوز توقيع جزاءات أخرى

---

(١) انظر توصية ندوة Toled بأسبانيا فى مايو سنة ١٩٩٢ تحضيرا للمؤتمر الدولى الخامس عشر لقانون العقوبات المزمع عقده فى البرازيل سنة ١٩٩٤ .

(٢) J. Pradel, Rapport géneral, Rev. Inter. dr. pén, 63 année (1992), p. 15.

بديلا عن رفع الدعوى أمام المحكمة، مثل الالتـزام بدفع غرامة معينة قبل ثبوت الإدانة بحكم أو الالتزام بـدفع مصروفات إجـراءات الدعوى قبل المحـاكمة، أو تـوقيع جزاء إدارى بغير ثبوت الإدانة وفقا للقواعد المقررة فى القانون التأديبى.

ومن الناحية الحرفيـة، لا يتمتع بأصل البراءة سوى المتهمين بجريمـة، إلا أنه ـ كما لاحظ القضاء الأوربى بعـد تردد ـ فإن أصل البراءة يمكن التمسك به فى مـواجهة أى شخص ينسب إليـه أحد أجهـزة الدولـة اتهاما، فلا ينحصر أصـل البراءة فى إجراءات الخصـومة الجنـائية حين تتحـرك الـدعوى الجنـائيـة، بل ينعكس أيضا على إجـراءات الاستدلال، وإجراءات المحاكمة التأديبيـة، وأكثر من ذلك، فإن لجنة حقوق الإنسان فى استراسبورج أكدت منذ سنة ١٩٦٧ بأنه لا يجوز فى مؤتمر صحفى نظمه وزير الداخلية إثر وقوع جريمـة قتل أن يصدر إعلانا للرأى العام بأن شخصا معينا بـاسمه قد حرض على ارتكاب الجريمة، لما ينطوى عليه هذا الإعلان من انتهاك لأصل (قرينة) البراءة.

ومن ناحية أخرى، فإن مجرد الحكم الباتّ بالإدانة وحده كاف لسقوط أصل البراءة. أما قدر العقوبة أو نوعها فـلا يتعلق بهذا الأصل، فيجوز للقاضى بعد ثبوت الإدانة أن يستمد من شخصيـة المجرم عنـاصر لتقدير العقـوبة، وهى عنـاصر لا تصلح لإثبات الإدانـة ابتداء، فمجـرد سوء سمعـة المتهم أو سبق ارتكـابه للجـريمة لا يصلح دليـلا لإدانته عن الجريمة، وإن صلح عنصرا فى تقدير العقـوبة. وقد قررت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان المكلفة بتطبيق الاتفاقية الأوروبيـة لحقوق الإنسان أن قرينة البراءة ـ من الناحية القـانونية ـ لا تقف أمـام تشديد العقوبة فى مـرحلة الاستئناف[1]. كما أكدت المحكمـة الدستـوريـة العليا فى مصر أن افتراض بـراءة المتهم يمثل أصـلا ثابتـا يتعلق بالتهمة الجنائية من ناحية إثباتها وليس بنوع العقوبة المقررة لها.

ومع ذلك، فقـد لوحظ أنـه إذا أريـد احترام أصل البراءة احتراما حـرفيا، فسـوف يضحى اتخاذ الإجراءات الجنائية أمرا مستحيلا[3]. ولهذا فإن المضمون الواقعى العملى

---

(١) القرار الصادر فى ٧ فبراير سنة ١٩٦٧، أشار إليه Antoine Buchet, La presmption d'innocence au regard de la convertion Européene des droit de l'hommoe La presomption d'innocence, colloque, op. cit., p. 30.

(١) Veluet R. Ergec, La convention Eurpéenne des droits de l'homme, Bruxelles, 1990, p.41.

(٣) Stefan Trechsel, The protection of human rights in criminal. Procedures, Rev. int droit pénal, 1978, p. 554 et 555.

لهذا الأصل يتوقف على ضمانات الحقوق والحريات التى تحيط بتطبيق هذه القرينة[١].
فأصل البراءة يعنى أن المتهم يجب معاملته مثلما يعامل الأبرياء، ومن ثم فإن الأصل هو تمتعه بجميع الحقوق والحريات التى كفلها الدستور ونظمها القانون. إلا أنه لما كانت نصوص الدستور متكاملة مترابطة، وكان الدستور كما كفل الحرية الشخصية وسائر حقوق الإنسان كفل أيضا التجريم والعقاب، (المادة ٦٦ من الدستور) وكفل المحاكمة عن الجرائم حين نص على أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى (المادة ٦٦ من الدستور)، فإن الشرعية الدستورية فى الإجراءات الجنائية تتطلب الموازنة بين احترام الحقوق والحريات الأساسية وكفالة الإجراءات التى تتخذ تجاه المتهم.

ويعتبر أصل البراءة مجالا لتحديد التوازن بين الأمرين السابقين، فالمقصود هنا هو بحث وضع الشرعية الدستورية فى الإجراءات الجنائية، وليس بحث الشرعية الدستورية على إطلاقها. ولو بحثنا هذه الشرعية خارج مجال الإجراءات الجنائية لوجب دراسة جميع الحقوق والحريات التى تتمتع بالقيمة الدستورية. أما وأن البحث ينصب على الشرعية الدستورية فى مجال الإجراءات الجنائية، فإن دراسة هذه الحقوق والحريات لا تكون بصفة مجردة، وإنما تكون فى ضوء ما تتعرض له من خلال الإجراءات الجنائية. فيكون مقطع البحث وغايته هو معرفة هذه الحقوق فى حالة المواجهة مع الإجراءات الجنائية، فتكون قيمتها الدستورية خير عاصم فى مواجهة المشرع حين يحدد إجراءات الخصومة الجنائية. ويأتى أصل البراءة الذى نص عليه الدستور ليحدد إطار المواجهة بين حقوق يحميها الدستور وإجراءات جنائية ترتكز على أساس الدستور.

ويتعين التوفيق بين الأمرين واحترامهما معا دون تفريط فى أحدهما على حساب الآخر. ويتم هذا التوفيق عن طريق الاعتماد على أصل البراءة فى تحديد الإطار القانونى الذى يتم بداخله تنظيم ممارسة المتهم لحريته الشخصية وغيرها من حقوق الإنسان فى

---

(٣) أكد المؤتمر الثانى عشر لقانون العقوبات المنعقد فى هامبورج سنة ١٩٧٩ أن قرينة البراءة هى مبدأ أساسى فى العدالة الجنائية، وتتضمن:
(أ) لا يجوز إدانة أحد ما لم تتم محاكمته طبقا للقانون فى محاكمة منصفة (fair trial).
(ب) لا يجوز توقيع عقوبة جنائية أو أى جزاء مماثل على شخص ما لم تثبت إدانته طبقا للقانون.
(جـ) لا يلتزم أحد بإثبات براءته.
(د) فى حالة الشك يكون القرار لمصلحة المتهم.

ضوء متطلبات الخصومة الجنائية، ويتمثل هذا الإطار القانوني في شكل الضمانات التي تكفل حماية الحرية الشخصية وغيرها من حقوق الإنسان عند اتخاذ أي إجراء جنائي ضد المتهم.

فالقانون ينظم استعمال الحرية الشخصية للمتهم داخل الخصومة الجنائية في ضوء أهداف الخصومة الجنائية. ويجب ألا يتجاوز هذا التنظيم القانوني أصل البراءة، وذلك بإحاطة الإجراءات التي يسمح بها القانون بضمانات معينة تكفل حماية حقوق المتهم وحرياته والتي يمارسها بوصفه بريئا.

فكل إجراء جنائي يسمح به القانون يجب أن يكون مقيدا بهذه الضمانات درءا للخطر في مباشرته وإلا كان مخالفا لأصل البراءة. والإجراء الجنائي الذي ينص عليه القانون دون أن يكون محاطا بهذه الضمانات، يكون اعتداء تحكميا ومخالفا لأصل البراءة، مما يعتبر اعتداء على الشرعية الدستورية.

فاتخاذ الإجراءات الجنائية لا يجب أن يتم بعيدا عن الشرعية الدستورية، فهذه الشرعية تقوم على أصل البراءة، وهذا الأصل كما بينا يحدد نطاق أي إجراء جنائي من خلال الضمانات المقيدة له. وفي هذا الصدد يتحقق التقاء بين قانون العقوبات عند التزامه بشرعية الجرائم والعقوبات، وقانون الإجراءات عند التزامه بأصل البراءة. فالأول فيما يقرره من جرائم وعقوبات يتقيد باحترام الحريات العامة التي كفلها الدستور، فلا يجوز تجريم أي فعل مما يعتبر استعمالا لإحدى هذه الحريات، مثل حرية العقيدة، وحرية الاجتماع، وحرية تكوين الجمعيات والنقابات، وحرية الصحافة. وبالمثل، فإن قانون الإجراءات الجنائية فيما يقرره من إجراءات للخصومة الجنائية يلتزم باحترام الضمانات التي كفلها الدستور للحقوق والحريات، بناء على أصل البراءة. فلا يجوز السماح بمباشرة أي إجراء جنائي ما لم يكن محاطا بهذه الضمانات[1].

وقد ثار البحث حول تأثير أصل البراءة على حق التعبير وحق الإعلام إذا حرمت

---

(١) تنظر الجمعية الوطنية الفرنسية حاليا (اعتبارا من أكتوبر سنة ١٩٩٨) مشروع قانون بتقوية حماية (قرينة) البراءة وحقوق المجني عليه. وقد تضمن هذا المشروع لحماية أصل ا لبراءة أربعة فصول؛ فصل أول لتقوية حقوق الدفاع واحترام مبدأ مباشرة الإجراءات في حضور الخصوم، ويتضمن نصوصا تتعلق بتدخل المحامي عند القبض على المتهم وأثناء التحقيق ونصوص توسع من نطاق حقوق الخصوم أثناء التحقيق، وأخرى تتعلق بالشهود؛ وقد تضمنت هذه النصوص إخطار الشهود المدعوين للشهادة أمام قاضي التحقيق الابتدائي، بإمكان استدعائهم بالقوة في حالة تخلفهم وتمكين الشخص الذي يقدم ضده =

أجهزة الصحافة والإعلام حرمانا مطلقا من نشر أخبار القضايا الجنائية . ولا شك أن حرية التعبير مبدأ سام يحميه الدستور. وفى إحدى القضايا التى أدين فيها صحفي لنشره شكوى ضد أحدّ رجال السياسة ، أكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان أن حرية التعبير تعتبر أحد الركائز الأساسية للمجتمع الديمقراطى وأحد الشروط الرئيسية لتقدمه . وذهبت المحكمة إلى أنه إن كان لا يجوز للصحافة أن تنتهك واجب حماية سمعة الغير، إلا أن لها أن تنشر الأخبار والآراء حول المسائل السياسية وكافة ما يتعلق بالمصلحة العامة . وأكدت المحكمة أن حدود النقد المباح تعتبر أكثر اتساعا بالنسبة إلى رجل السياسة الذى يتصرف كشخص عام أكثر مما هى الحال بالنسبة إلى الفرد العادى .

إلا أنه يجب إجراء التوازن بين الهدف المشروع الذى تتوخاه حرية التعبير، وبين حماية حيدة القضاء من خلال عدم جواز نشر أخبار ضد المتهم تسىء إلى مركزه فى الدعوى وتتناقض مع أصل البراءة . وفى هذا الصدد أكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فى استراسبورج سنة ١٩٩٧ بأن إبداء الصحفى لرأيه بوضوح حول إدانة المتهم ، من شأنه أن يجعل مقاله مؤثرا فى الدعوى المرفوعة على المتهم مما يؤثر فى حيدة السلطة القضائية[١]. ونظرا لما يتهدد أصل البراءة بسبب النشر فى الصحف فقد خول قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى لقاضى التحقيق ولغرفة المشورة إخطار الجمهور بألا وجه لإقامة الدعوى الذى يصدر فى القضية (المادتان ١٧٧/ ١ و٢١٢/ ١)[٢] وأجاز القانون الفرنسى للقاضى المدنى والقاضى المستعجل أن يوقف المساس بأصل البراءة وذلك بإلزام الصحيفة بنشر بيان على نفقتها .

= شكوى ولو لم يتم الادعاء المدنى قبله من الاستعانه بمحام ولو لم تكن الشكوى قد وضعت موضع التحقيق بعد، ويسمى هذا الشخص بالشاهد المساعد "temoin assisté" . هذا بالإضافة إلى نصوص أخرى تقوى حقوق الخصوم أثناء المحاكمة . وتضمن الفصل الثانى نصوصا تقوى الضمانات القضائية فى حالة الحبس الاحتياطى، وذلك باستحداث مايسمى بقاضى الحبس الاحتياطى منفصلا عن قاضى التحقيق، ويكون من قضاة الحكم وينظر فى طلبات الحبس الاحتياطى أو الإفراج عن المتهم . ويراقب هذا القاضى مبدأ الضرورة عند الالتجاء للحبس الاحتياطى. وتضمن نصوصا تقيد من أحوال ومدة الحبس الاحتياطى، وأخرى للتعويض عند الحبس الاحتياطى . وتضمن الفصل الثالث من المشروع نصوصا تتعلق بالحق فى المحاكمة فى مدة معقولة . أما الفصل الرابع فقد تضمن نصوصا لحماية سمعة المتهمين ـ والذين يتمتعون بأصل البراءة ـ فى مواجهة التجاوزات التى تبدو فى أجهزة الإعلام عندما تنشر أخبار التحقيق .

(١) انظر: Antoine Buchet La présomption d'innocence, op. cit., p. 33.

(٢) انظر: Antoine Buchet La présomption d'innocence, op. cit., p. 34

وقد أشار إلى حكم المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان الصادر فى ٢٩ أغسطس سنة ١٩٩٧ .

الفصل الثـــانى
النتائج المترتبة على أصل البراءة
فيما يتعلق بالإثبات

٢٢٥ـ الدور المركب لأصل البراءة

يؤدى أصـل البراءة دورا مركبا فى الإثبـات الجنائى. فهـذا الأصل يعتبر قاعـدة من القواعد التى تحكم الخصـومة الجنائية. وفى ذات الوقت يعتبر قاعـدة من القواعد التى تحكم الحكم الجنائى.

وأصل البراءة كقاعدة من قواعد الإجـراءات الجنائية تتطلب عدم وصف المتهم بأى وصف من أوصاف الإدانـة خلال سير الخصـومة الجنائيـة، فلا يتغير هـذا الوصف إلا حين يصدر حكـم الإدانة. والمحاكمـة المنصفة هى التـى تخضع لمبدأ المواجهـة، فيتاح للمتهم مواجهة الأدلـة المنسوبة إليه وتوجيـه دفاعه نحوها. فى هذه المرحلـة استصحابا على أصل البراءة لا يلتـزم المتهم بإثبات بـراءتـه، بل يتعين على النيابـة العامـة كممثل للاتهام تقديم هذا الدليل.

ويتطلب أصل البراءة كقاعـدة من قواعد الحكم أن تفسر المحكمـة الشك لمصلحة المتهم، وألا تقضى بـإدانتــه إلا على أســاس اليقين الكــامل لا على مجرد الاحتمال. وتنصرف هذه القـاعدة إلى المحكمة وحدهـا، بخلاف أصل البراءة كقاعدة من قـواعد الإجراءات الجنائيـة، فإنها تخاطب كلا من الجهات التى تباشر سائر مـراحل الخصومة الجنائية (ومنها المحكمة).

وفيما يلى نبحث النتائج المترتبـة على أصل البراءة فيما يتعلق بالإثبات، سواء بـوصفه قاعدة من قواعد الإجراءات الجنائية، أو بوصفه قاعدة من قواعد الحكم.

المبحث الأول
أصل البراءة كقاعدة من قواعد الإجراءات الجنائية

٢٢٦ـ عدم التزام المتهم بإثبات براءته

لما كان الأصل فى المتهم البراءة، فإن إثبات التهمة قبله يقع على عاتق النيابة العامة، فعليها وحدها عبء تقديم الدليل. ويخضع إثبات التهمة إلى قواعد أخرى تحكم إدارة الدليل بعيدا عن المتهم الذى لا يلتزم بتقديم أى دليل على براءته، وكل ما له هو أن يناقش أدلة الإثبات التى تتجمع حوله لكى يفندها أو يضع فيها بذور الشك، دون أن يلتزم بتقديم أدلة إيجابية تفيد براءته.

فمجال إثبات التهمة يتحدد بعيدا عن المتهم، ففيه يؤدى الادعاء دوره الإيجابى فى تقديم الدليل. وللمتهم أن يلتزم الصمت دون تأويل هذا الصمت ضده [١]. على أن عدم التزام المتهم بإثبات براءته لا يحول دون تقدمه طواعية واختيارا بالاعتراف بالتهمة أمام المحكمة. وطبقا للمادة ٢٧١/ ٢ من قانون الإجراءات الجنائية، إذا اعترف المتهم أمام المحكمة جاز لها الاكتفاء باعترافه والحكم عليه بغير سماع الشهود، وإلا فتسمع شهود الإثبات. ومؤدى ذلك، أن اعتراف المتهم فى الجلسة لا يمنع المحكمة أن تبحث الأدلة لإثبات التهمة بأدلة أخرى، بالإضافة إلى هذا الاعتراف أو بدونه، وخاصة إذا كان الاعتراف منصبا على الواقعة الإجرامية دون الركن المعنوى. واعتراف المتهم لا يسقط أصل البراءة فيه، فلازالت المحكمة هى صاحبة الاختصاص فى تقدير مدى ثبوت التهمة قبله، وتقييم هذا الاعتراف، سواء صمم عليه المتهم أو عدل عنه. وليس للمحكمة أن تنقض أصل البراءة إلا بحكم بالإدانة مبنى على اليقين القضائى.

وإذا كان عبء إثبات التهمة يقع على النيابة العامة بوصفها ممثلة للادعاء، إلا أن

---

(١) المجلس الدستورى الفرنسى فى ١١ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١.

Décision No.8 - 127, Dc. des 11 et 20 janvier 1981, G.P. 11 - 13 Fév. 1981, note pierre - Daville.

ذلك ليس معناه أن مهمتها قاصرة على إثبات التهمة فقط، لأن وظيفتها هى إثبات الحقيقة، بجميع صورها. وعلى المحكمة أيضا أن تبحث بنفسها من خلال إجراءات المحاكمة عن هذه الحقيقة، دون أن تجشم المتهم عبء إثبات البراءة. فهذه البراءة أمر مفترض، ولا محل لإثباتها أمام المحكمة. وكل ما هو جدير بالبحث هو التحقق مما إذا كانت هناك أدلة كافية يمكنها أن تدحض هذه القرينة أم لا.

فإذا توافرت أدلة تفيد صحة الاتهام. كان من حق المتهم تقديم ما لديه من أدلة لدحض ما توافر ضده. وعلى النيابة العامة والمحكمة جمع هذه الأدلة أيضا عند الاقتضاء، لأن مهمتهما هى كشف الحقيقة بجميع صورها. فإذا خلت الدعوى من دليل قاطع على صحة الاتهام، لا يلتزم المتهم بتقديم أى دليل على براءته، لأن الأصل فيه هو البراءة.

٢٢٧- عبء نفى أسباب الإباحة وموانع المسئولية وموانع العقاب

وقد ثار البحث فى الحالات التى يدفع فيها المتهم بتوافر سبب من أسباب الإباحة كالدفاع الشرعى، أو مانع من موانع المسئولية كالإكراه، أو مانع من موانع العقاب مثل اعتراف الراشى فى جريمة الرشوة، أو سبب لانقضاء الدعوى الجنائية كالتقادم، هل يلتزم المدعى فى هذه الحالات بإقامة الدليل على صحة هذا الدفع؟ وفقا للقانون المدنى يلتزم المدعى عليه بإثبات الدفع الذى يتمسك به، وهو ما يعرف اصطلاحا بقاعدة "reus in excipiendo fitactor". على أنه لا مجال لهذه القاعدة فى الإجراءات الجنائية حيث يفترض فى المتهم البراءة. فإدانة المتهم تعنى عدم وجود سبب للبراءة. ولا ينحصر هذا السبب فيما يتعلق بالوقائع المكونة للركن المادى للجريمة فقط، بل يتعلق أيضا بسائر أركانها وغير ذلك من الأسباب التى تحول دون إدانة المتهم ومعاقبته. فالإدانة مع العقوبة تفترض توافر الركنين المادى والمعنوى بالإضافة إلى عدم وجود سبب من أسباب الإباحة أو موانع المسئولية أو أسباب انقضاء الدعوى الجنائية. ويقتضى إثبات الإدانة تقديم الدليل على توافر الركنين المادى والمعنوى للجريمة مع نفى كل من هذه الأسباب [١].

---

(١) J.Patarin le particularisme de la théorie de préuve en droit pénal. In Quelques aspects de l'autonomie de droit pénal, publication de l'institut de criminologie de la faculté de droit de l'université de Paris, 1956. p.29. Graven; la protection des droits de l'accusé dans le procés pénal en suisse, Rev. inter. dr. pén. 1966, p.267.

ذلك هو واجب المحكمة والنيابة العامة سواء بسواء . ولذلك فإنه يكفى من جانب المتهم أن يتمسك بالدفع الذى يواجه به التهمة دون أن يلزم بإثبات صحته، وعلى النيابة العامة والمحكمة التحقق من مدى صحة هذا الدفع .

هذا هو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية، فمن المقرر أن من واجب المحكمة بحث كل دفاع جوهرى يتقدم به المتهم . ويعتبر الدفاع جوهريا، إذا كان ظاهر التعلق بموضوع الدعوى المنظور أمامها، بحيث لو صح لرتب عليه القانون أثرا قانونيا لصالح المتهم سواء تعلق هذا الأثر بنفى وقوع الجريمة، أو بامتناع المسئولية أو العقاب أو بانقضاء الدعوى الجنائية [1]. فإذا تمسك المتهم بهذا الدفع دون أن تبحثه المحكمة وترد عليه كان حكمها مشوبا بالقصور فى التسبيب، فضلا عن الإخلال بحق الدفاع . ووجه القصور فى التسبيب يرتكز على إخلال المحكمة فى أداء واجبها نحو إثبات الإدانة .

وإذا لم يتمسك المتهم بمثل هذه الدفوع أمام محكمة الموضوع، لم يحل ذلك دون واجب هذه المحكمة فى التحقق من مدى انتفائها قبل أن تقضى بالإدانة . على أنه يكفى لصحة قضائها أن تثبت توافر أركان الجريمة ووقوعها من المتهم، وأن تبين الأدلة التى قامت لديها، وأن ترد على ما عسى أن يكون المتهم قد تمسك به من أوجه الدفاع الجوهرى . فإذا لم يكن المتهم قد تمسك بهذا الدفاع من قبل، لا يجوز له أن ينعى على المحكمة أى خطأ قانونى أمام محكمة النقض ما لم تكن مدونات الحكم المطعون فيه تشتمل فى ذاتها على صحة هذا الدفاع . ويرتبط هذا القيد بطبيعة وظيفة محكمة النقض التى لا تسمح بإجراء تحقيق موضوعى فى الدعوى .

ويختلف الأمر بالنسبة إلى موانع العقاب، لأنها ترد استثناء على حق الدولة فى

---

(١) انظر فى الدفع بالإعفاء من العقاب لحسن النية فى جريمة القذف فى جريمة موظف عام (نقض ١٦ مارس سنة ١٩٧٠ مجموعة الأحكام س ٢١ رقم ١٦٧٠ ص ٣٧٣)، والدفع بعدم جواز الدعوى السابقة الفصل فيها (نقض ١٢ يونية سنة ١٩٦٢ س ١٣ رقم ١٣٦ ص ٥٣٩، ونقض ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٦ س ٢٧ رقم ٥٦ ص ٢٧١، والدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم، (نقض ٢٤ يونية سنة ١٩٥٧ س ٨ رقم ١٨٨ ص ٦٩٥) والدفع بقيام حالة الدفاع الشرعى (نقض جلسة ١٠ مايو سنة ١٩٧٠ س ٢١ رقم ١٦٢ ص ٦٨٩) والدفع بالإعفاء من العقاب تأسيسا على مساعدة السلطات فى القبض على متهم آخر (نقض جلسة ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ١٣٨).

العقاب وفقـا لمعيار الضرورة والتنـاسب ؛ مما يتطلب من المتهـم إثبـات توافـر شروطها . وعلى المحكمة كـذلك لتعلق الأمر بالنظـام العام أن تتحقق من تلقاء نفسهـا من عدم توافر موانع العقاب .

٢٢٨ـ عدم دستورية قرائن الإثبات

لا يملك المشرع أن يفرض قـرائن قانونية لإثبات التهمـة أو لنقل عبء الإثبات على عـاتق المتهم ، لمناقضـة ذلك بعـدم التزام المتهم بإثبـات بـراءته تطبيقـا لأصل البراءة . فافتراض بـراءة المتهم يمثل أصلا ثابتا يتعلق بـالتهمة الجنائية فى جميع مـراحلها ، وعلى امتداد إجراءاتها ، مما لا يجوز معه نقضهـا بغير الأدلة الجازمة التى تخلص إليها المحكمة وتتكون من جماعها عقيدتها . ولا سبيل لدحض أصل البراءة بغير الأدلة التى تبلغ قوتها الإقناعية مبلغ الجزم الذى تخلص إليه المحكمة[١] .

فيـلاحظ فى المخالفـات ، وفى الجنح التى تتشبـه بالمخـالفات فى ركنهـا المعـنوى (délits - contraventions) أن المشرع كثيرا ما يفترض الخطأ فى حق المتهم تاركـا فرصة إثبات العكس . وقـد أطلقت محكمة النقض الفـرنسية وصف الجريمة الماديـة على هذا النوع من الجرائم للدلالة على أنها تقع بمجـرد الركن المادى للجريمة مع السماح للمتهم بإثبات انتفـاء مسئوليتـه الجنائية بسبب الجنـون أو الإكراه أو عـدم التمييز[٢] . وذهب البعض إلى أن الركن المادى للجريمة ينطوى فى حد ذاتـه على الخطأ ، وبأنه تتوافر قرينة قاطعة على تـوافر الخطأ من وقوع الفعل المادى المكون للمخالفـة . وعيب هذا الرأى أن افتراض الخطأ لا يتفق مع جوهـر المسئوليـة الشخصية . ومن ثم ، فلا مجال للمسئولية الجنائيـة المفترضة . واتجه فـريق آخر إلى ضرورة إثبـات الخطأ فى حق المتهم ، وأن تـوافر قرينـة بسيطة على هـذا الخطأ من وقوع الفعل المادى ، لا يمنع المتهم مـن إثبات عكس هذه القرينة إذا قدم الدليل على أنـه قد وقع فى غلط لا يمكن تجنبه ، وهو غلط يتجاوز

---

(١) دستورية عليا فى ٣ يـولية سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستوريـة»، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ فى ٢٠ يولية سنة ١٩٩٥ .

(٢) انظر فى التفصيل مـؤلفنا الوسيط فى قـانون العقـوبات ـ القسم العـام ، طبعة ١٩٨٥ ص ٤٧٦ و ٤٧٧ . وانظر التقرير العام لجان برادل Pradel

Rev. int. droit pénal, 1992, p.16.

إمكانـات الاحتياط لدى الإنسان البـالغ الحذر مما ينفى عنه الخطأ . وعلـة اشتراط هذا النوع من الغلـط لدحض قرينـة افتراض الخطأ هو مـا أوجبه القـانون فى هـذا النوع من الجرائم من بذل قسط أكبر من مجرد الحذر المعتاد ، مما يقتضى معه عدم الاكتفاء بمجرد إثبـات أن سلوك الجانى لم ينحـرف عن سلـوك الشخص البالـغ الحذر، عن طريق مـا يسمى بالغلط الذى لا يمكن تجنبه . ونحن لا نقر هذا الرأى ، فلا مجال لافتراض الركن المعنـوى سواء كـان فى صورة القصـد الجنائى أو الخطأ غير العمـدى . وهو مـا أكدتـه المحكمة الـدستورية العليا فى قـولها بأنه فى الجريمة غير العمديـة يتولى المشرع دون غيره بيـان عنـاصر الخطأ التى تكـونها ، وهى عناصر لا يجوز افتراضهـا أو انتحـالها[1] . وقد أشارت المحكمة الدستورية العليا إلى أن المشرع يلجأ أحيـانا إلى تقرير جرائم عن أفعال لا يتصل بها قصد جنائى إذا كـان المشرع قد توخى الحد من مخاطر بعـض أنواع النشاط لتقليل فرص وقـوعها ، وتوفير القدرة على السيطـرة عليها والتحوط لدرئهـا ، فلا يكون إيقاع عقـوبتها معلقا على النـوايا المقصودة من الفعل ، ولا على تبصر النتيجـة الضارة التى أحدثها . إلا أن المحكمـة الدستورية العليا فى مصر كانت حـريصة على التنبيه إلى أنه فى هـذا النوع من الجرائم لابـد من توافر إهمال من قـارفها لنوع الـرعايـة التى تطلبها المشرع منه كلما باشر نشاطا معينا ، وذلك إذا أعرض عن القيام بعمل واجب عليه[2] .

٢٢٩ـ قرائن مخالفة لأصل البراءة

ومع ذلك ، فقد خرج المشرع عن أصل البراءة ، فأقام قرائن للإثبات لصالح الاتهام فى بعض الجرائم ، ومن تطبيقات ذلك :

(١) قرر القـانون مسئـولية صاحب المحل عن الجرائم التى تقع بـالمخالفـة لأحكام المرسـوم بقانـون رقم ٩٥ لسنة ١٩٥٤ الخاص بشئـون التموين (المادة ٥٨)، والمرسـوم بقانـون رقم ١٦٣ لسنـة ١٩٥٠ الخاص بشئون التسعير الجبرى وتحديـد الأرباح (المادة ١٥) على أساس المسئـولية عن جريمـة خاصة هـى الإهمال فى الرقابـة . وتتوافر قـرينة

---

(١) دستورية عليا فى ١ فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العـدد (٧) تـابع فى ١٣/ ٢/ ١٩٩٧ ، ٢ ديسمبر سنـة ١٩٩٥ فى القضيـة رقم ٢٨ لسنـة ١٧ قضـائيـة «دستورية»، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية جـ٦ قاعدة رقم ١٥ ص ٢٦٢ .

(٢) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ المشار إليه عاليه .

بسيطة على توافر هذه المسئولية ، يجوز دحضها بإثبات أن صاحب المحل بسبب الغياب أو استحالة المراقبة لم يتمكن من منع وقوع الجريمة . إلا أن انتفاء هذه المسئولية لا يمنع من مساءلة صاحب المحل عن خطأ آخر هو أنـه على الرغم من غيابه واستحالة المراقبة سمح للغير بممارسة نشاط فى محله . وينطوى هذا النص على افتراض للخطأ مما ينطوى على مسئولية مفترضة ، كما ينطوى أيضـا على مسئولية عن فعل الغير وهو ينقض كذلك أصل البراءة فى المتهم ، وينقض أيضا ضمان شخصية المسئولية الجنائية .

(٢) وفى مجال الصحافة ، فإن مسئولية رئيس التحرير طبقا (للمادة ١٩٥) من قانون العقوبات فإنها إذا قامت على الخطأ الشخصى لرئيس التحرير، فإن المشرع أنشأ فى حقه قرينـة قانـونية بسيطـة ، بأنه عـالم بكل ما تنشره الجريـدة التى يشرف عليها[١]. وأجاز لرئيس التحرير دحض هذه القرينة من خلال وسائل محددة على سبيل الحصر فى (المادة ١٩٥) عقوبات وهى :

أ ـ إذا أثبت أن النشر حصـل بدون علمه وقـدم منذ بـدء التحقيق كل ما لـديه من المعلومات أو الأوراق للمساعد على معرفة المسئول عما نشر.

ب ـــ أو إذا أرشـد فى أثنـاء التحقيـق عن مـرتكب الجريمـة وقدم كل مـا لديـه من المعلومات والأوراق لإثبات مسئوليته وأثبت فوق ذلك أنه لو لم يقم بالنشر لعرض نفسه لخسارة وظيفته فى الجريدة أو لضرر جسيم آخر.

وقـد قضت المحكمة الـدستوريـة العليـا فى مصر بعدم دستـورية هـذا النص على أساس أنه جعل رئيس التحرير مواجها بقرينـة قانونية فى حقه دون دليل يظاهر الواقعية التى أثبتتها ، ومكلفا بنفيهـا خلافا لافتراض البراءة[٢]. هذا فضلا عن عـدم دستوريته لتأسيسه هذه المسئـولية أيضا عن فعل مادى لم يقم به ، وهو مـا يعتبر مسئولية عن فعل الغير[٣]. كما قضت المحكمـة الدستـورية العليـا بأن ما نصت عليـه المادة ١٥ / ٢ من قانون الأحـزاب السياسية بشأن افتراض مسئوليـة رئيس الحزب مع رئيس تحرير صحيفة

---

(١) نقض ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة الأحكام س ١٥ ص ٦٨٧ .

(٢) دستورية عليا فى ١ فبراير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٩ سنة ١٨ قضائية سالف الذكر.

(٣) انظر فيما تقدم بند ١٩١ .

الحزب عما ينشر فيــه ينطـوى على إخـــلال بأصل البراءة[1]. فضـلا عن مخالفة مبـدأ شخصية المسئولية الجنائية (المسئولية عن فعل الغير).

(٣) كان القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ يقمع التدليس والغش المعدل بالقانونين رقم ٥٢٢ لسنة ١٩٥٥ و ٨٠ لسنة ١٩٦١ يفترض العلم بـالغش فى جانب المتهم، إذا كان من المشتغلين بـالتجـارة، إلى أن أتى القـانـون رقم ٢٨١ لسنـة ١٩٩٤ بتعـديل بعض أحكام القـانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ سـالف الذكـر، فألغى هذه القرينـة وأحل محلها مادة جديدة هى المادة ٦ مكررا التى تعاقب على الفعل الذى يخالف أحكام المواد ٢ و ٣ و ٣ مكررا من هذا القانون إذا وقع بطريق الإهمال أو عدم الاحتياط والتحرز أو الإخلال بواجب الرقابـة. وبعد صدور هذا القانون أعلنت المحكمة الـدستورية فى قضاء لاحق لها عدم دستوريـة نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من القـانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ بقمع التـدليس والغش قبل تعديلهـا بالقـانون رقم ٢٨١ سنة ١٩٩٤ لافتراضـه العلم بغش المادة موضوع الجريمة أو فسادها، فى جانب المشتغلين بالتجارة أو الباعة الجائلين ما لم يثبت المخـالف حسن نيته، ومصدر الأشياء مـوضوع الجريمة منشئا بذلـك قرينة قانـونية على ثبـوت واقعة العلم بغش أو فساد السلعـة، بينما كان ينبغى على النيـابة أن تتولى بنفسها هذا الإثبات[2].

(٤) ونشير إلى أن المحكمـة الدستـورية العليـا فى مصر[3]، قضت بعدم دستـورية نص المادة ١٢١ من قـانون الجمارك الصادر بقـرار رئيس الجمهوريـة بالقـانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣، وذلك فيما تضمنته فقرتها الثانيـة من افتراض العلم بالتهريب إذا لم يقدم من وجدت فى حيازتـه البضائع بقصد الاتجار فى المستندات الدالـة على أنها قد سددت

---

(١) دستورية عليا فى ٣ يـولية سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٥ لسنة ١٦ قضائية «دستوريـة»، الجريدة الرسمية العدد ٢٩ فى ٢٠ يولية سنة ١٩٩٥.

(٢) دستورية عليـا فى ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضيـة رقم ٣١ لسنة ١٦ قضائية «دستـورية»، و ٥ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٨ يونية سنة ١٩٩٥ (العدد ٢٢).

(٣) دستورية عليا ٢ فبراير سنة ١٩٩٢ القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٠ فبرايـر سنـة ١٩٩٢ العـدد (٨)، ٧ مـارس سنة ١٩٩٢ القضيـــة رقم ١٠ لسنـة ١٠ قضـائيـة «دستوريـة»، الجريدة الرسميـة فى ٨ يونية سنة ١٩٩٥ (العـدد ٢٢)، والقضية رقم ١٤ لسنة ١٢ قضـائية «دستورية»، و ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٣١ سنة ١٩٩٦.

عنهـا الضرائب الجمركيـة المقـررة . واستنـدت المحكمة فى قضـائهـا ذلك إلى أن النص المطعون فيه افترض العلم بأحد عناصر القصد الجنائى بقرينة تحكمية، ونقل عبء نفيه إلى المتهم، مناقضـا افتراض براءته من التهمة الموجهـة إليه فى كل وقائعها وعنـاصرها. وقالت المحكمة إن الأصل فى القرائن القانونية بـوجه عام هو جواز إثبات عكسها، ولا تكون القـرينة قـاطعة إلا بنـص خاص يقرر عـدم جواز هـدمها، والأصـل فى القرائن القانونية قاطعة كـانت أو غير قاطعة، هى أنها من عمل المشرع وهو لا يقيمها تحكما أو إملاء، وإنما يجب أن تصاغ القرينة وأن يتحدد مضمونها على ضوء ما يقع غالبا فى الحياة العملية، واستطردت إلى القـول : إن عدم تقديم حائز البضـائع الأجنبية بقصد الاتجار فيها للمستندات الدالة على الوفاء بـالضرائب الجمركية المستحقة عنها لا يفيد بالضرورة علمه بتهريبها، وإذا كان ذلك، فإن الواقعة البديلة التى اختارها النص المطعون فيه لا ترشح فى الأعم الأغلب من الأحوال لاعتبار واقعة العلم بـالتهريب ثابتة بحكم القانون ولا تربطها بالتـالى علاقة منطقية بها، بالتالى غير مرتكزة على أسس مـوضوعية ومقحمة لإهدار افتراض البراءة، ومجاوزة من ثم لضـوابط المحاكمة المنصفة التى كفلهـا الدستور فى أحكامه، وبـذلك تكون المحكمة الدستوريـة العليا قد اشترطت فى الواقعـة البديلة (التى تستفـاد منهـا قرينـة الإثبـات التى ينص عليهـا القـانون) ارتكـازهـا على أسس مـوضوعيـة تقيم بينها وبين القـرينة عـلاقـة منطقية تستنـد إلى ما يقع غـالبا فى الحيـاة العملية.

وبصدد عـدم دستوريـة قرينـة العلم بالتهـريب، فإن هذه القـرينة نـص عليها فى التشريع الإنجليزى والكندى والإيطـالى والفرنسى بالنسبة إلى كل حـائز لبضاعـة ممنوعة مستوردة من الخارج (كـالمخدرات مثـلا) إذا عجز عن إثبـات مصدرهـا الشرعى. وقد نص على هذه القرينـة فى القانون الأمريكى إلى أن قضى بمخالفتها لقـرينة البراءة (عدا حالات الهيروين والكوكايين أو وضوح طبيعة المادة)[1].

(٥) قضت المحكمة الدستورية العليـا فى مصر بعدم دستورية ما تضمنته المواد ٣٧ و ٣٨ و١١٧ من قـانـون الجمارك الصادر بـالقـرار بقانـون رقم ٦٦ لسنـة ١٩٦٣، من

---

(١) انظر:

Rev. inter. droit pénal,1992. p.38.

اعتبار مجرد النقص فى عدد الطرود المفرغة أو محتوياتها عما أدرج فى قائمة الشحن، قرينة على تهريبها، باعتبار أن هذه القرينة تناقض أصل البراءة[1].

(٦) ومن ناحية أخرى، أكدت المحكمة سالفة الذكر [2]، عدم جواز إدانة الشخص على أساس الاشتهار بارتكاب جرائم من نوع معين، والواقع أن افتراض براءة المتهم عن كل جريمة على حدة بناء على مجرد الاشتهار بذلك، لا يؤدى إلى أن تخلص المحكمة إلى إدانته على أساس الاشتهار بارتكاب مجموعة من الجرائم، بينما كل اشتهار بجريمة معينة على حدة لا ينفى قرينة البراءة ارتكابها.

كما أكدت المحكة الدستورية العليا[3] أيضا أنه مما يناقض افتراض البراءة أن يدان الشخص - لا عن جريمة بذاتها أتاها وتتحدد عقوبتها بالنظر إلى ماهيتها وظروفها - بل بناء على محض احتمال عودته إلى الإجرام، بما مؤداه أن الخطورة الإجرامية التى يعتبر الشخص بموجبها مشتبها فيه قوامها عناصر مستمدة من ماضيه، ودليلها جرائمه السابقة إذ تعتبر كاشفة عن خطورته هذه وقاطعة بها، ومن ثم تكون سوابقه دامغة لحاضره ومسيئة لمستقبله، بل محددة لمجراه.

(٧) قضت المحكمة الدستورية العليا بأن ما نصت عليه المادة ٨٢ من ا لقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن، وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر حول جريمة تأجير مكان أو جزء منه أو بيعه أو تمكين آخر منه على خلاف مقتضى عقد سابق - ولو كان غير مشهر - تفترض علم المؤجر بالعقد السابق على تأجيرها الجديد، مما يعد إهدارا لأصل البراءة[4].

(٨) قضت المحكمة الدستورية العليا بأن ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة

---

(١) دستورية عليا فى ٢ أغسطس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٧٢ سنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٣٣ فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٧.

(٢) الدستورية العليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٢) فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣.

(٣) الدستورية العليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ سالف الإشارة إليه. ودستورية عليا فى ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٢٥ فى ٢٧ يونية سنة ١٩٩٦.

(٤) دستورية عليا فى ٣ يناير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٢٩ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (٣) فى ١٥ يناير سنة ١٩٩٨.

١٥٤ من قانون الزراعة الصادر بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ المعدلة بالقانون رقم١١٦ لسنة ١٩٨٣ من افتراض توافر القصد الجنائى فى شأن الحائز لأتربة أرض زراعية متخلفة عن تجريفها، يناقض أصل البراءة، ويجرده من محتواه[1].

(٩) قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية أحكام المواد ٢ و ١٠ و ١١ و١٢و ١٤و ١٤ مكررا من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٦ بشأن مراقبة الأغذية وتنظيم تداولها لما نصت عليه من معاقبة مخالفيها ولو كانوا حسنى النية، لأن حسن النية يفترض التعامل فى الأغذية أو الاتصال بها من مواطنين شرفاء، مما يعتبر إخلالا بافتراض البراءة [2].

(١٠) قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١٥ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٧٦ فيما نصت عليه من عدم جواز دمغ المشغولات الذهبية إذا لم يقدم حائزها الدليل على دخولها البلاد بطريق مشروع، لأن عدم تقديم هذا الدليل لا يفيد سبق تهريبها بنشاط أتاه حائزها ولا علمه بتهريبها، كما أن النص المذكور قد غل يد هذا الحائز عن تداول المشغولات، سواء بالتحفظ عليها من جهات الاختصاص أو بمنعهم من التعامل فيها، مما يعتبر مناقضا لأصل البراءة [3].

(١١) قضت محكمة النقض بأن نص المادة ٩/٤٧ من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١، افترض فى حق من يحوز السلع الخاضعة للضريبة بقصد الاتجار، العلم بأنها مهربة من هذه الضريبة إذا لم يقدم من وجدت فى حيازته هذه السلع المستندات الدالة على سداد الضريبة. وأن هذا النص وقد أقام قرينة مبناها افتراض العلم بالتهريب ونقل إلى المتهم عبء إثبات براءته، يكون قد خالف المادة ٦٧ من الدستور التى نصت على أن المتهم برىء حتى تثبت إدانته فى محاكمة قانونية يكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه. وانتهت محكمة النقض إلى أن

---

(١) دستورية عليا فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٤٧ فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٩٦.

(١) دستورية عليا فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية». الجريدة الرسمية، العدد ٥١ فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٩٥.

(٢) دستورية عليا فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ فى ١٩٩٧/٧/١٩.

المادة ٦٧ من الدستور آنفة الذكر قابلة بذاتها للإعمال دونما حاجة إلى أى تدخل تشريعى مما يؤدى إلى اعتبار نص المادة ٤٧ من قانون الضريبة العامة على المبيعات منسوخا ضمنا بقوة الدستور نفسه[١]. ورغم إقرارنا أن المادة ٤٧ من قانون ضريبة المبيعات خالفت أصل البراءة، إلا أنه لا مجال لاعتبار هذا النص منسوخا ضمنا بقوة الدستور، لأن نظرية النسخ الضمنى تفترض أن يكون النص الناسخ (وهو هنا نص الدستور) لاحقا على النص المنسوخ؛ بينما أن نص الدستور «يسبق» نص قانون ضريبة المبيعات سالف الذكر. وهذا المعنى هو ما أكدته الدائرة المدنية لمحكمة النقض فى قولها بأن التشريع لا يلغى إلا بتشريع «لاحق» ينص على الإلغاء صراحة أو يدل عليه ضمنا، وإلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع «لاحق» مماثل له أو أقوى منه[٢].

هذا بالإضافة إلى أن نص المادة ٦٧ من الدستور يرسى مبدأ ليس صالحا للتطبيق مباشرة، وغاية ما هناك أن النص التشريعى سالف الذكر لا يتفق مع نص الدستور بشأن أصل البراءة، مما كان يتعين معه وقف الدعوى وإحالتها إلى المحكمة الدستورية العليا التى تختص وحدها بالرقابة على دستورية القوانين.

---

(١) نقض جنائى (غرفة مشورة) فى ٢٢ يولية سنة ١٩٩٨ القضية رقم ٢٢٠٦٤ لسنة ٦٣ قضائية.

(٢) نقض مدنى فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٧٥، مجموعة الأحكام س ٢٦ ص ٥٠٣.

المبحث الثانى
أصل البراءة كقاعدة من قواعد الحكم

المطلب الأول
اليقين القضائى أساس الحكم بالإدانة

٢٣٠ ـ ماهيته

يعتمد القاضى فى قضائه على صوت ضميره، ويلبى نداء إحساسه وشعوره وتقديره لأدلة الدعوى، ولا يتقيد فى ذلك إلا بمشروعية الدليل من خلال محاكمة منصفة. ولكن حرية المحكمة فى الاقتناع لا تعنى التحكم ولا تبنى على الفوضى فى التقدير، فيجب أن يسبب القاضى حكمه مؤسسا اقتناعه على أدلة مقبولة فى العقل والمنطق. فالحرية التى يمارسها القاضى تتم فى إطار المشروعية وتحت مظلة القانون، ولا تكون خارج المشروعية أو بالمخالفة لأحكام القانون. ولضمان ذلك، تتقيد المحكمة بضوابط معينة لتسبيب أحكامها حتى تكون مرآة لمنطق قضائى سليم، ولاحترام القانون.

ويترتب على أصل البراءة ألا تقتنع المحكمة بالإدانة إلا بناء على الجزم واليقين لا على الاحتمال أو الترجيح. وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن معيار الجزم واليقين يتمتع بالقيمة الدستورية، مؤسسة ذلك على أنه قد غدا دحض أصل البراءة ممتنعا بغير الأدلة التى تبلغ قوتها الإقناعية ـ فى مجال ثبوت التهمة ـ مبلغ الجزم واليقين بما لا يدع مجالا معقولا لشبهة انتفائها، وبشرط أن تكون دلالتها قد استقرت حقيقتها بحكم استنفد طرق الطعن وصار باتًّا[1].

---

(١) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، ٧ مارس سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٠ لسنة ١٠ قضائية «دستورية».

والقيمة الـدستورية لليقين القضـائى هى نتيجة منطقيـة للقيمة الدسـتورية لأصل البراءة، ومن ثم فإن الأمـر يتعـدى مجرد بطلان الحكم بـالإدانـة الذى بُنى قضـاؤه على الترجيح أو الاحتمال إلى تقدير عـدم دستورية النصوص التشريعيـة التى تسمح بالحكم بالإدانة بناء على الاشتهار بارتكاب الجرائم، وهو ما حدا بالمحكمة الدستورية العليا إلى الحكم بعدم دستورية نص المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم[١].

---

(١) دستوريـة عليا فى ٢ يناير سنـة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائيـة «دستورية»، الجريدة الـرسمية العدد (٢) فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣.

المطلب الثانى

الشك يفسر لمصلحة المتهم

٢٣١ـ مدلول المبدأ

كل شك فى إثبات الجريمة يجب أن يفسر لمصلحة المتهم، فهذا الشك يعنى إسقاط أدلة الإدانة والعودة إلى الأصل العام وهو البراءة[١]. وهذه نتيجة طبيعية لمعيار الجزم واليقين كأساس للحكم بالإدانة لا مجرد الظن والاحتمال. ومن ثم فإن كل شك فى الاقتناع يجعل الحكم بالإدانة على غير أساس. فالشك يجب أن يستفيد منه المتهم، لأن الأصل فيه هو البراءة. وتبسط محكمة النقض رقابتها على هذا الموضوع من خلال مراقبتها لصحة الأسباب. فمن المقرر أن مبدأ حرية القاضى فى الاقتناع لا يعنى فقط أنه حر فى أن يعتقد أو لا يعتقد فى صحة الأدلة المقدمة، وإنما يعنى أيضا أنه لا يملك الخروج على ضوابط الاقتناع، ولا يستطيع القضاء بغير اليقين.

وبناء على مبدأ تفسير الشك لصالح المتهم، يكفى لصحة الحكم بالبراءة أن يتشكك القاضى فى صحة إسناد التهمة [٢]، إلا أن الاكتفاء بمجرد الشك فى إثبات التهمة مشروط بأن يشمل الحكم بالبراءة ما يفيد أن المحكمة قد أحاطت بظروف الدعوى وأدلة الثبوت التى قام عليها الاتهام عن بصر وبصيرة، ووازنت بينها وبين أدلة النفى فرجحت دفاع المتهم أو داخلتها الريبة فى صحة أدلة الإثبات[٣].

---

(١) جاء فى الحديث الشريف «إن الإمام لأن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة»، وقال عمر بن الخطاب «لأن أعطل حدود الله فى الشبهات خير من أن أقيمها».

(٢) نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة الأحكام س ١٥ رقم ١٣٢ ص ٦٦٨، أول مارس سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ٣٩ ص ١٧٩، ٢٨ يونية سنة ١٩٦٥ س ١٦، ١٢٢ ص ٥٢٤، ١٩ أكتوبر سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ١٣٧ ص ٧٢٤، ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٦ ص ٨٣٢.

(٣) انظر نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ١٨٧ ص ٧٦٧.

وهنا يجب ملاحظة الخلاف بين الحكم بالإدانة، والحكم بالبراءة فيما يتعلق ببيان الأدلة. فالحكم الأول يجب أن يستوفى مضمون الأدلة التى بنى عليها، بخلاف الحكم الثانى، فإنه يكفى فيه مجرد إبداء الرأى حول قيمة أدلة الإثبات، دون أن تلتزم المحكمة ببيان أدلة قاطعة على البراءة، لأنه يكفى مجرد تشككها فى الاقتناع بأدلة الإثبات، أى أن الحكم بالإدانة يجب أن يبنى على اليقين فى الاقتناع بأدلة الإثبات، بينما حكم البراءة يكفى فيه أن يؤسس على الشك فى الاقتناع بهذه الأدلة.

ويكفى للتدليل على هذا الشك الاستناد إلى أى دليل ولو كان وليد إجراء غير مشروع، وهذا هو ما أكدته محكمة النقض[1]. وعلة ذلك أنه طالما كان الأصل فى المتهم البراءة فلا حاجة للمحكمة فى أن تثبت براءته، وكل ما تحتاج إليه هو أن تتشكك فى إدانته. والدليل المستمد من إجراء غير مشروع هو دليل باطل فيما يتعلق بإثبات الإدانة، لأن الإدانة عكس الأصل العام فى الأشياء وهو البراءة، بخلاف الحال فى البراءة، فإنها تمثل الأصل العام[2]. كما لا يقدح فى سلامة الحكم بالبراءة أن تكون إحدى دعاماته معيبة مادام قد أقيم على دعامات أخرى متعددة لم يوجه إليه أى عيب يكفى لحمله[3]. ولا محل هنا لتطبيق مبدأ تساند الأدلة الجنائية فى الإثبات، لأن الأصل فى المتهم البراءة كما أن المحكمة فى حل من التقيد بقواعد الإثبات التى لا يتقيد بها القاضى إلا فى مقام الإدانة[4].

---

(١) نقض ٢٥ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة الأحكام س ١٦ رقم ٢١ ص ٨٧، وانظر فى نقد هذا الحكم الدكتور رؤوف عبيد، الإجراءات الجنائية طبعة ١٩٧٠ ص ٦١٢، وقد رددت محكمة النقض ذات المبدأ فى نقض جلسة ٣١ يناير ١٩٦٧ س ١٨ رقم ٢٤ ص ١٢٨، ونقض جلسة ١٥ فبراير سنة ١٩٨٤ س ٣٥ رقم ٣١ ص ١٥٣. ويراعى ما أوردته محكمة النقض أن هذا النظر لا يقيد سلطة الاتهام أو كل ذى شأن فيما يرى اتخاذه من إجراءات أخرى تترتب على عدم مشروعية الوسيلة التى استند إليها فى إثبات البراءة.

(٢) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية طبعة ١٩٧٠ ص ٣٤٨.

(٣) نقض ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٢ مجموعة الأحكام س ٢٣ رقم ٢٩٥ ص ١٣١٣، ١٩ مايو سنة ١٩٨٠ ص ٣١ رقم ١٢٦ ص ٦٤٧.

(٤) نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٨١ مجموعة الأحكام س ٣٢ رقم ٢٠٦ ص ١١٥٣.

الباب الثـــانى

القضاء هو الحارس الطبيعى للحريات

الفصل الأول
الضمان القضائى

٢٣٢- أهمية الضمان القضائى

فى صدد الإجراءات الجنائية، حيث تتعرض الحرية الشخصية وما يتعلق بها من الحقوق والحريات للخطر؛ تبدو أهمية الحق فى الالتجاء إلى القضاء. فمن خلال تدخل القضاء يمكن الاطمئنان إلى إحداث التوازن بين المصلحة العامة وحماية الحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات. وبه يكفل قانون الإجراءات الجنائية تحقيق الموازنة بين المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات، وذلك بإجراء محاكمة عادلة "Équitable" (منصفة) تحترم فيها جميع الضمانات وعلى رأسها حق الدفاع. وهنا يكون الضمان القضائى حاميًا للحرية. ومن ناحية أخرى، فإن الضمان القضائى يكفل توقيع الجزاء المترتب على عدم المشروعية الإجرائية التى تقع من المكلفين بتطبيق القانون أو تنفيذه، وذلك بتوقيع الجزاء المناسب. وبهذا الضمان تتأكد سيادة القانون (أى المشروعية).

وهكذا يلعب الضمان القضائى دورا مزدوجا؛ مرة فى أثناء مباشرة الإجراء وذلك بضمان التوازن بين المصلحة العامة و حماية الحقوق والحريات، ومرة أخرى إذا وقع عيب عدم المشروعية وذلك من أجل حماية هذا التوازن. وعلى هذا النحو فإن الضمان القضائى يكفل المشروعية الإجرائية سواء أثناء مباشرة الإجراء، أو بعد هذه المباشرة، لمواجهة أى عيب يلحقها. وبهذا تأكد أن الضمان القضائى هو الحارس للشرعية.

ويعتبر الضمان القضائى مفترضا لازما للوصول إلى محاكمة عادلة (منصفة)، ويعبر عنه بالحق فى التقاضى. وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا فى قولها بأن حق التقاضى لا تكتمل مقوماته ولا يبلغ غايته ما لم توفر الدولة للخصومة فى نهاية مطافها حلا منصفا يمثل التسوية التى يعمد من يطلبها إلى الحصول عليها بوصفها الترضية القضائية التى يسعى إليها لمواجهة الإخلال بالحقوق التى يدعيها[1]. وطالما أن الحق الموضوعى

---

(١) دستورية عليا فى ٣ إبريل سنة ١٩٩٣، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٥ (المجلد الثانى)، قاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١.

المراد حمايته ما زال باقيا (حق الملكية) فلا يسقط الحق فى إقامة الدعوى التى تحميه[1].

وقرر المجلس الدستورى الفرنسى عدم دستورية نص فى القانون الخاص بمحكمة الجمهورية للعدالة التى تفصل فى الجرائم المنسوبة لأعضاء الحكومة ؛ يعطى للمضرور من الجريمة الحق فى طلب الادعاء المدنى أمام لجنة اقتراحات تفصل فى هذا الطلب إما بحفظه أو بإحالتـه إلى المجلس العام لدى محكمة النقض لعرضه على المحكمة، وذلك على أساس أن هذا النص يمس الحق فى التقاضى[2].

وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٥٧ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٨٣ الذى يفرض نظاما للتحكيم الإجبارى كوسيلة لإنهاء المنازعات التى تقوم بين أصحاب البضائع ومصلحة الجمارك حول نوع البضاعة أو منشئها أو قيمتها، وذلك بدلا من اللجوء فى شأنها إلى القضاء. وأسست المحكمة قضاءها على أن التحكيم الإجبارى ينافى الأصل فيه، باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يجوز إجراؤه تسلطا وكرها، بما مؤداه أن اختصاص جهات التحكيم التى أنشأها النص المطعون فيه مع سائر النصوص المرتبطة به، يكون منطويا بالضرورة على إخلال بحق التقاضى بحرمان المتداعين من اللجوء ــ فى واقعة النزاع الموضوعى الماثل ــ إلى محاكم القانون العام بوصفها قاضيها الطبيعى بالمخالفة للمادة ٦٨ من الدستور[3].

٢٣٣ــ السلطة القضائية وسيادة القانون

تعبر الدولة عن إرادة الشعب صاحب السيادة. وتتكون هذه الإرادة من ثلاثة عناصر يعبر عنها بسلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية. وتتعاون كل من هذه السلطات مع الأخرى فى التعبير عن سيادة الشعب. ووفقا لمبدأ الفصل بين السلطات يمارس الأفراد والأجهزة القائمة عليها اختصاصاتهم تعبيرا عن هذه السيادة.

---

(١) انظر دستورية عليا فى ٢ أكتوبر سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٢١٥ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» بشأن عدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة ١٢ من القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن أموال أسرة محمد على المصادرة، والتى تنص على سقوط كافة الحقوق بالنسبة إلى الأمول المصادرة إذا لم يقدم عنها طلب إلياللجنة المشكّلة بقرار من وزير العدل خلال سنة من تاريخ النشر فى الجريدة الرسمية. وانظر دستورية عليا فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٩٧فى القضية رقم ١٣ لسنة١٥ قضائية «دستورية» بعدم دستورية المادة ١٤/ ١ من القانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ فيما تضمنته من عدم جواز سماع الدعوى المتعلقة بمصادرة أموال محمد على. .

(٢) Déc. no. 93-327 du 19 nov. 1993, Recueil jur. const. p. 555.

(٣) دستورية عليا فى ٣ يوليو سنة ١٩٩٩، فى القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية».

فمجلس الشعب يعبر عن سيادة الشعب فيما يوافق عليه من مشروعات القوانين، والحكومة تمثل هذه السيادة فيما تقوم به من تنفيذ للقوانين. والقضاء يحكم أى يعبر باسم الشعب فى حدود اختصاصه القضائى. وإذا كان مونتسيكو قد نادى بالفصل بين السلطات للوقوف ضد التحكم والدكتاتورية، فإن هذا المبدأ قد أصبح ضروريا فى الدولة القانونية التى يعلو فيها مبدأ سيادة القانون الذى تحترم فيه الحقوق والحريات.

وتنهض الدولة كنظام قانونى بحماية الحقوق والحريات عن طريق إصدار القانون الذى يقرر هذه الحماية، ومن خلال السلطة القضائية التى تكفل الحماية المذكورة. فإرادة القانون فى حماية الحقوق والحريات لا تنتج آثارها بطريقة فعالة إلا إذا كفل القضاء هذه الحماية. والتدخل القضائى هو الذى يضمن فاعلية نصوص القانون، بخلاف السلطة التنفيذية، فإنها تعمل على مجرد تطبيق القانون دون أن تملك التأكد من سلامة هذا التطبيق، وبالتالى لا تملك ضمان الحماية التى يقررها القانون للحقوق والحريات على وجه أكيد. فالقرارات الإدارية مهما كانت قيمتها تتضاءل أمام الأحكام القضائية بقوتها وحجيتها. والسلطة القضائية باستقلالها وحيادها أكثر قدرة من غيرها فى التعبير عن الإرادة الحقيقية للقانون.

وتتكامل السلطة القضائية مع السلطة التشريعية فى تطبيق القانون لحماية الحقوق والحريات؛ فالسلطة التشريعية تضع القانون تطبيقا للدستور، والسلطة القضائية تصدر الحكم تطبيقا للقانون. ويمارس القاضى دوره بتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق وتفسير مضمونها. ولا يقتصر عمل القاضى فى هذا الشأن على التعرف على القاعدة القانونية وتحليل مضمونها، وإنما ينهض أيضا بإجراء التكييف اللازم لهذا المضمون مع الوقائع القانونية المعروضة عليه [١]، ويسهر على احترام وتطبيق الحقوق والحريات العامة للأفراد [٢].

فنصوص القانون تظل صامتة جامدة حتى يتدخل القاضى لتقرير المعانى الصحيحة التى أراد القانون التعبير عنها. والأحكام التى يصدرها القضاء وتحوز قوة الأمر المقضى، تنال قوة الحقيقة القانونية، فتستفيد من قرينة المطابقة مع كلمة القانون. ولهذا صح القول بأن القضاء ركن فى قانونية النظام، وأنه لا قانون بغير قاض [٣].

---

(١) Thierry Renoux; Le conseil constitutionnel el l'autorité,Paris, 1984, p. 28.

(٢) Actualité scientifique; les droits fondamentaux Bruylant, 1997, p. 346 (por p. Foucher).

(٣) انظر مقالنا: «الضمانات الدستورية للحرية الشخصية فى الخصومة الجنائية» مجلة مصر المعاصرة ١٩٧٢ ص ٤٧ وما بعدها.

ويتسع الحق فى التقاضى إلى الحق فى تنفيذ أحكام القضاء . وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن كل عقبة تحول دون اقتضاء الحق المقضى به تعتبر إخلالا بالحق فى التقاضى[1]، وبالتالى يكون إخلالا بالضمان القضائى .

ويتضح مما تقدم أن سيادة القانون تستلزم أن يكون هذا القانون مكفولا بالتطبيق من سلطة مستقلة محايدة هى القضاء . فالسلطة القضائية هى التى تسهر على تأكيد هذه السيادة وضمان تحقيق المشروعية وتوقيع الجزاء المناسب على عدم المشروعية . والقضاء وحده هو الذى يملك تقرير المشروعية من عدمه . وعلى هذا النحو فإن السلطة القضائية هى الضمان الفعال لسيادة القانون .

٢٣٤ـ القضاء كحارس للحريات

ارتفع مبدأ أن القاضى هو حارس الحرية الشخصية فى فرنسا منذ القرن التاسع عشر، حيث كانت المحاكم القضائية وحدها مكلفة بالمعاقبة على الجرائم التى تقع بالمخالفة لقانون العقوبات ، ولهذا أطلق على القضاة أنهم الحراس الطبيعيون لحقوق الفرد "Les Gardiens naturels des droits de l'individue"[2]. ويمارس القضاء حمايته للحرية بكفالة الضمانات التى يقررها القانون لحمايتها فى مواجهة خطر التعسف أو التحكم . والحماية القانونية للحرية لا تكون بمجرد إصدار القوانين ، وإنما بالتعرف على مبادئها وتطبيقها ، وهو ما لا يتحقق إلا بسلطة مستقلة كل الاستقلال عن غيرها من سلطات الدولة ، تكون أحكامها واجبة الاحترام من الجميع حكاما ومحكومين على السواء ، هى السلطة القضائية . ولهذا قيل بأن مبدأ الفصل بين السلطات يسبق مبدأ «القاضى هو الحارس للحرية الشخصية» . وقد نصت المادة الثانية من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان على أن لكل شخص الحق فى أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التى يمنحها له القانون . ونصت المادة العاشرة من هذا الإعلان على أن لكل شخص الحق فى محاكمة منصفة علنية أمام محكمة مستقلة ومحايدة . وعنى الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٩٥٨ بالنص على هذا المبدأ فى المادة

---

(١) دستورية عليا فى ٣ إبريل سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٤ قضائية «دستورية» . مجموعة أحكام الدستورية العليا ، جـ ٥ (المجلد الثانى) القاعدة رقم ٢١ ص ١ طـ، ٦ فبراير سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ٨١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» .

(٢) وقد كانت المحاكم مكلفة بحماية حق الملكية الخاصة ، وتطور الأمر فامتد اختصاصها لحماية غير ذلك من الحقوق الأساسية للفرد وعلى رأسها الحرية الشخصية .

٦٦/ ٢ منه بالقول إن «السلطة القضائية تحافظ على الحرية الفردية، وتضمن احترام هذا المبدأ بالشروط المنصوص عليها فى القانون». وقد اعتنق الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ هذا المبدأ، فنص فى المادة ٦٥ على أن « تخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات». كما نصت المادة ٨٦/ ٢ من هذا الدستور على «حظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء». ومن مجموع ومؤدى هذين النصين يتضح أن القضاء فى مصر هو الحارس للحقوق والحريات، طالما كان استقلاله وحصانته ضمانان أساسيان لحمايتها، وطالما كانت رقابة القضاء على المشروعية مكفولة دائما بغير استثناء.

ويلاحظ أن رسالة القضاء فى حراسة الحقوق والحريات تؤدى إلى وجوب توافر الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية التى تمس هذه الحريات. وهذه الرسالة هى أصل عام من أصول الشرعية الدستورية التى يلتزم بمراعاتها قانون الإجراءات الجنائية. وتستمد هذه الشرعية أصولها فى الدستور المصرى من المادتين ٦٥، ٦٨/ ٢ سالفتى الذكر. فقد تكفلت هاتان المادتان بتقرير الحماية القضائية للحريات دون الإحالة على القانون. فيقتصر دور القانون فى هذه الحالة على مجرد التنظيم دون أن يملك الحد من نطاق هذه الحماية. هذا بخلاف الحال فى فرنسا. فقد ذهب البعض [(١)] إلى أن الدستور الفرنسى فى المادة ٦٦/ ٢ قد نص على ضمان احترام محافظة السلطة القضائية على الحرية الشخصية بالشروط المنصوص عليها فى القانون، وهو ما يعنى أن للقانون دورا فى تحديد نطاق هذه الحماية، وبالتالى فإنها لا تنال قيمة دستورية ولا تتمتع بغير قيمة تشريعية بحتة. وهو رأى محل نظر لأن دور القانون تنظيمى بحت.

وفى نطاق الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية، يجب أن تكفل هذه الإجراءات من خلال القاضى حماية الحرية الشخصية وسائر الحقوق والحريات فى الخصومة الجنائية، سواء كانت حقوق المتهم أو حقوق المجنى عليه[(٢)].

---

(١) P. BRETTON; L'autorité judiciaire gardienne des libertés et de la propriété privée, thése 1964, p.27.

(٢) انظر أعمال المؤتمر الدولى الثانى عشر لقانون العقوبات المنعقد فى هامبورج سنة ١٩٧٩ والذى عالج حقوق المتهم، والمؤتمر الدولى الحادى عشر لقانون العقوبات المنعقد فى بودابست سنة ١٩٧٤ والذى عالج حقوق المجنى عليه.

٢٣٥ـ السلطة القضائية فى المواثيق الدولية والإقليمية والدساتير العالمية

حرص الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى عام ١٩٤٨ على تقرير حق الإنسان فى قضاء مستقل محايد بما نص عليه فى المادة العاشرة من أنه «لكل إنسان، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق فى أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظرا منصفا وعلنيا، للفصل فى حقوقه والتزاماته وفى أى تهمة جزائية توجه إليه»، ويضمن العهد الدولى الخاص بالحقوق المدنية والسياسة لسنة ١٩٦٦ ممارسة الحق المشار إليه (المادة ١٤).

وقد صدر عن المؤتمر العالمى لاستقلال القضاء الذى عقد فى مونتريال بكندا فى سنة ١٩٨٣ إعلان عالمى لاستقلال القضاء أكد على حق كل إنسان فى أن يقاضى دون إبطاء من قبل المحاكم العادية، أو من قبل المحاكم القضائية، وتكون خاضعة لإعادة النظر (الطعن) من قبل المحاكم العليا، ونص على ضرورة أن تستقل السلطة القضائية عن السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، وألا تجوز ممارسة أية سلطة من شأنها التدخل فى العملية القضائية ولا يكون للسلطة التنفيذية أية رقابة على الوظائف القضائية أو أية سلطة لوقف العمل فى المحاكم أو تعليقه، كما لا يجوز لها القيام بأى عمل أو تعطيل القيام بأى عمل يؤدى إلى استبعاد الحل القضائى لأحد النزاعات، أو تعطيل التنفيذ السليم لقرار إحدى المحاكم، هذا فضلا عما أورده ذلك الإعلان فى شأن استقلال القضاة مما سيرد بيانه فيما بعد.

وتعتبر المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية إحدى الإنجازات الرئيسية لمؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين والذى عقد فى ميلانو بإيطاليا سنة ١٩٨٥، وقد دعا المؤتمر فى قراره المتعلق بهذه المبادئ إلى تنفيذها فى المجالات الوطنية والإقليمية، ودعا الأمين العام للأمم المتحدة أن يتخذ خطوات لضمان نشرها على أوسع نطاق ممكن، وأن يعد تقريرا بشأن تنفيذها. وجاء إعلان المبادئ الأساسية فى شأن استقلال القضاء التى تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقراريها الصادرين فى ٢٩ يناير سنة ١٩٨٥ و ١٣ ديسمبر سنة ١٩٨٥ مؤكدا بوضوح أن المنازعات التى تدخل فى اختصاص السلطة القضائية، ينبغى الفصل فيها بطريقة محايدة، وعلى ضوء وقائعها ووفقا لحكم القانون بشأنها، مع تجرد قضائها من عوامل التأثر والتحريض، وكذلك من كل صور الضغوط أو التهديد أو التدخل غير المشروع ـ مباشرا كان أو غير مباشر ـ وأيا كان مصدرها أو سببها.

وعلى المستويات الإقليمية، نصت المادة الثامنة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام ١٩٧٨ على أنه «لكل شخص الحق فى محاكمة تتوافر فيها الضمانات الكافية وتجريها خلال وقت معقول محكمة مختصة مستقلة غير متميزة كانت قد أسست سابقا وفقا للقانون . . »، كما أصدر المجلس الإسلامى العالمى المنعقد فى باريس سنة ١٩٨١ بيانا عالميا عن حقوق الإنسان فى الإسلام أكد حق الفرد فى أن يلجأ إلى سلطة شرعية تحميه وتنصفه، وتدفع عنه ما لحقه من ضرر أو ظلم، وأوجب على الحاكم المسلم أن يقيم هذه السلطة، ويوفر لها الضمانات الكفيلة بحيدتها واستقلالها [١]. وألقى مشروع ميثاق حقوق الإنسان والشعب فى الوطن العربى ـ الذى أعد فى مدينة سيراكوزا بإيطاليا فى ديسمبر ١٩٨٦ بدعوة من المعهد الدولى للعلوم الجنائية ـ على عاتق الدول واجب كفالة استقلال القضاء وحياده [٢].

وقد عنى الدستور الإيطالى بالنص على استقلال السلطة القضائية فى المادة ١٠٤ منه بالقول إن «القضاء نظام قائم بذاته مستقل عن كل سلطة أخرى».

---

(١) الشافعى محمد بشير ـ قانون حقوق الإنسان، ذاتيته ومصادره ـ مقال منشور بالمجلد الثانى لحقوق الإنسان الصادر عن المعهد الدولى للدراسات العليا فى العلوم الجنائية (سيراكوزا ـ إيطاليا) ـ الطبعة الأولى ـ ١٩٨٩ ص ٤٦ وما بعدها.

(٢) الإعلان العربى لاستقلال القضاء فى ٣٠ إبريل ١٩٨٥ ـ مجلة القضاة ـ ١ و ٢ يناير وفبراير ١٩٨٦.
ولا يكتفى الدستور التركى بالنص على كفالة استقلال القضاء، بل حدد فى المادة ١٣٢ منه بعض ضوابط هذا الاستقلال فى قوله: «لا يجوز توجيه أية أسئلة أو إثارة مناقشات أو الإدلاء ببيانات فى المجلسين التشريعيين فى شأن قضية تكون موضع تحقيق. وأنه لا يجوز لأية هيئة أو سلطة أو شخص أن يعطى للمحاكم أو القضاة أوامر أو تعليمات أو يرسل إليهم منشورات أو توصيات أو اقتراحات تتعلق بقيامهم بأعباء السلطة القضائية. وأن تلتزم الهيئة التشريعية والتنفيذية والإدارية باحترام أحكام المحاكم، ولا يجوز لهذه الهيئات بأى حال من الأحوال تعديل أو تعطيل تنفيذ هذه الأحكام». (محمد عصفور ـ استقلال السلطة القضائية ـ المرجع السابق ـ ص ١٥٨).
وهذا المعنى هو من السوابق والتقاليد البرلمانية التى حرص على تأكيدها مجلس الشعب المصرى. هذا دون إخلال بسلطة البرلمان فى مناقشة طلبات الإذن باتخاذ الإجراءات الجنائية قبل أعضاء المجلس.
ومن السوابق البرلمانية أنه بعد مناقشات طويلة استغرقت جلستى ٢٧ و٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦ اشترك فيها رجال القانون من أعضاء مجلس النواب بمن فيهم رئيس المجلس سعد زغلول باشا اتخذ المجلس قرارا أشار فيه إلى أنه بعد اطلاعه على مكاتبة النيابة الواردة للمجلس بتاريخ ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ عن التهمة الموجهة إلى النائب أمين همام حمادى (قتل عمد) والتقرير المقدم من لجنة الحقانية فى هذا الصدد، وبعد المناقشة فى هذا الموضوع يرى أن يلفت نظر حضرة صاحب المعالى وزير الحقانية إلى أن المجلس كان ينتظر أن يُستأذن عن الاستمرار فى الإجراءات التى اتخذتها النيابة العمومية ضد حضرة أمين همام (أفندى) ويرغب إلى معاليه أن يرسل إليه أوراق هذه الدعوى للتمكن من إبداء رأيه فيها كما هو الشأن فى التهم التى توجه بعد الانعقاد إلى أعضاء البرلمان.

٢٣٦ـ السلطة القضائية فى مصر

نصت المادة ١٦٥ من الدستور المصرى (١٩٧١) على أن السلطة القضائية مستقلة، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقا للقانون. وطبقًا لهذا النص فإن المحاكم وحدها هى التى تتولى ممارسة السلطة القضائية. ومع ذلك فقد نص قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ سنة ١٩٧٢ فى المادة ١٥ منه على أنه فيما عدا المنازعات الإدارية التى يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل فى جميع المنازعات والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص. وهذا الاستثناء الأخير قد ينصرف إلى جواز تخويل بعض الجهات من غير المحاكم سلطة الفصل فى المنازعات. ولا يتفق هذا المعنى مع ما عبر عنه الدستور بشأن تولى المحاكم مباشرة السلطة القضائية، مما جعله مقصورا على احتمال إنشاء أنواع جديدة من المحاكم لم ينص عليها قانون السلطة القضائية.

وجدير بالإشارة أن قضاء المحكمة العليا (التى كان لها اختصاص المحكمة الدستورية العليا) قد استقر على أن السلطة القضائية هى سلطة أصيلة تقف على قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية، وتستمد وجودها وكيانها من الدستور ذاته لا من التشريع، وقد أناط بها الدستور وحدها أمر العدالة مستقلة عن باقى السلطات، ومن ثم فلا يجوز عن طريق التشريع إهدار ولاية تلك السلطة كليا أو جزئيا، ولئن نص الدستور فى (المادة ١٦٧) منه على أن «يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها، فإن المقصود بذلك أن يتولى الشارع توزيع ولاية القضاء كاملة على تلك الهيئات على نحو يكفل تحقيق العدالة، ويمكّن الأفراد من ممارسة حق التقاضى دون مساس بالسلطة القضائية فى ذاتها أو عزل لجانب من المنازعات من ولايتها، فإن تجاوز القانون هذا القيد الدستورى وانتقص من ولاية القضاء ولو جزئيا كان مخالفا للدستور» [1].

وواضح من المادة ١٦٥ من الدستور أن المحاكم هى التى تتولى السلطة القضائية. ومفاد هذا النص أن المحاكم وحدها هى التى تتمتع بالضمان الدستورى لطبيعتها

---

(١) مجموعة الأحكام العليا ــ القسم الأول ـ الدعويان رقما ٢ و ٦ لسنة ١ قضائية عليا «دستورية»، جلسة ٦ نوفمبر سنة ١٩٧١ ص ٣٠ ، ٤٣.

القضائية . أما ما عدا ذلك من الهيئات ، فإن طبيعتها القضائية لها قيمة تشريعية بحتة . وعندنا أن المعيار الذى يجب أن يلتزمه القانون فى إضفاء الصفة القضائية على إحدى الهيئات هو فى طبيعة الوظيفة التى تنهض بها ، وهى الوظيفة القضائية .

ويتحدد نطاق هذه الوظيفة فى ضوء تحديد وظيفة المحاكم بوصفها المختصة أساسا بتولى السلطة القضائية بنص الدستور. وتتمثل وظيفة المحاكم بوجه عام فى تقرير الحل القانونى فى نزاع معين . ويتم الوصول إلى هذا الحل من خطوات معينة هى الادعاء بوجود مخالفة للقانون ، والتحقق من مدى وجود هذه المخالفة ، ثم الفصل فى الادعاء وتقرير الحل القانونى المناسب . وفى كل من هذه الخطوات الثلاث يجب أن يكون التدخل من أجل تحقيق هدف واحد هو استلهام إرادة القانون لتقرير الحل المناسب[١] .

٢٣٧- الضمان القضائى فى إقامة الدعوى الجنائية

يتعين لتطبيق قانون العقوبات البدء بكشف الحقيقة من خلال إجراءات معينة . فإذا ثبت أن المتهم لم يرتكب الجريمة المسندة إليه ، فلا تتوافر الحقيقة الواقعية التى تبرر توقيع العقاب على هذا المتهم .

ولا تملك الدولة قبل صدور حكم الإدانة ومعاقبة المحكوم عليه الالتجاء إلى التنفيذ المباشر على المتهم ولو اعترف طواعية واختيارا بواسطة أجهزتها المختصة بارتكاب الجريمة ، أو قبل برضائه العقوبة المنصوص عليها قانونا .

وعلة ذلك أن حق الدولة فى العقاب ينطوى على مساس جسيم بحرية المتهم ، وهو ما لا يمكن إقراره ولا تحديد مداه إلا بواسطة جهاز مستقل محايد هو القضاء ، بوصفه الحارس الطبيعى للحريات . ولا تقتصر أهمية هذا التدخل على كشف الحقيقة ، بل إنها تمتد كذلك إلى تحديد نطاق حق الدولة فى عقاب الجانى .

وفى هذا الشأن يتوقف دور القاضى على تحديد مضمون حق الدولة فى العقاب وفقًا للسياسة الجنائية التى يعتنقها القانون الوضعى .

---

(١) DUGUIT; "L'acte adminstratif et l'acte jurdictionnel" Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1906, p. 451 et s.; Traité du droit constitutionnel, 2ème édition, 1923, tome II, La théorie générale de l'Etat, p. 320 et s.

وقد ثار البحث عما إذا كـان القاضى هو الذى ينشئ حق الدولـة فى العقاب أم أنه يقتصر على مجرد تقريـره. وقد ذهب البعض [1] إلى أن الحكم القضـائى لا يقتصر دوره على مجرد تقرير هذا الحق بل هـو الذى ينشئه. ويساند هذا الـرأى مبدأ (لا عقوبة بغير حكم قضائى)، وإلى أن نشوء حق الدولـة فى العقاب قبل صدور الحكم لا يتفق مع ما قـد تنتهى إليه الـدعوى الجنـائيـة من الحكم ببراءة المتهم. وهو رأى مـردود بأن الحكم بالإدانه كاشف لحق الدولة فى عقاب المحكوم عليه.

والواقع أن هناك تـلازما بين الدعوى الجنائيـة وحق الدولة فى العقاب، فـلا عقوبة بغير دعوى جنـائية. ويعتبر الحق فى الدعوى الجنـائية ممارسة للحق فى التقـاضى أمام القضاء الجنائى، وهو حق مفتـوح أمام النيابة العامة وغيرهـا من الجهات التى حددها القانـون. ويختلف هذا المبدأ عما هو مقـرر فى قانون المرافعات، إذ إن الحق فى الـدعوى المدنية له كيـان مستقل عن الحق الموضوعى، بناء على أنه قد يـوجد الحق دون أن تحميه دعوى، بـاعتبار أنه يمكن الـوفاء بالحق الموضـوعى بطريقـة الاختيار بدون حـاجة إلى دعوى وبـدون اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى. كما أن هنـاك من الدعـاوى مثل دعوى الحيازة لا تستند إلى حق موضوعى.

ومع ذلك، فقـد ذهب البعض إلى أن قـانون الإجـراءات الجنائية يتفـق مع قانـون المرافعات المدنية والتجارية فى هذا الشأن، لأنـه يعالج بعض الدعاوى الجنائية التى لا تستند إلى حق العقاب، وذلك كما فى الحالات التى تختص فيها المحكمة الجنائية بتطبيق قانون العقوبات الأجنبى [2]، والحالات التى يجوز فيهـا للمدعى بـالحق المدنى تحريك الدعوى الجنائية دون أن يكون له حق فى العقاب [3].

وهـذا الاعتراض مـردود بأنـه فى الحالات التى تسمح فيهـا الدولـة بتطبيق القـانـون الأجنبى تعترف ضمنـا بتجريم السلـوك الـذى ينطبق عليه هـذا القـانون، أى أن هـذا السلوك يعتبر معـاقبا عليه وفقـا للقانون الـوطنى فى الحدود التى يضعها هذا القـانون، وبالتالى ينشأ للدولة حق فى عقـاب الجانى بمجرد ارتكاب هذا السلوك. كما أن المدعى المدنى حين يحرك الدعوى الجنائية تختص النيابة العامة وحدها بمباشرتها.

---

(١) DELOGU; La loi pénale et son application, Le Caire, Tome 1, 1956 - 1957, pp. 149 et 155.

(٢) ZLATARIC; Droit pénal international, cours de doctorat. Université du Caire, 1967 - 1968 p. 150.

(٣) DELOGU, op. CIT., p. 127.

ونظرا للارتباط بين حق الدولة فى العقاب وحق الدعوى الجنائية، فقد نص الدستور فى المادة ٧٠ منه على أنه «لا تقام الدعوى الجنائية إلا بأمر من جهة قضائية، فيما عدا الأحوال التى يحددها القانون». وهذه القاعدة المقررة فى المادة ٧٠ من الدستور تمثل أصلا ثابتا، ومن ثم كان منطقيا أن تشير إليها المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ بنصها على أن تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا ترفع من غيرها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون. وقد رددتها المادة ٢١ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، فيما نصت عليه من أن للنيابة العامة دون غيرها، الحق فى رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. وما يعنى أن الأصل فى رفعها أن يكون عائدا إلى الجهة القضائية (النيابة العامة) دون غيرها، يفيد أن ما نصت عليه المادة ٧٠ من الدستور بشأن استثناء الأحوال التى يحددها القانون يجب تحديده فى إطار التناسب الذى يحقق التوازن بين الحقوق والحريات والمصلحة العامة. وتتجلى هذه الأحوال إما فى إعطاء الحق فى إقامة الدعوى الجنائية لغير النيابة العامة، أو فى تقييد حرية إقامة الدعوى بقيود معينة هى الشكوى والطلب والإذن فى بعض الأحوال.

أما عن إعطاء الحق فى إقامة الدعوى الجنائية لغير النيابة العامة، فيتمثل فى حق التصدى المقرر لمحكمة الجنايات (المادتان ١١ و١٣ إجراءات) وللدائرة الجنائية بمحكمة النقض عند نظر الموضوع بناء على الطعن فى المرة الثانية (المادتان ٢١ و٣١ إجراءات)، وفى حق إقامة الدعوى الجنائية فى جرائم الجلسات (المادة ٢٤٤ إجراءات)، وفى حق المدعى بالحقوق المدنية فى الادعاء المباشر (المادة ٢٣٢/ ١ إجراءات).

وننبه إلى أن أوامر الإحالة الصادرة من قاضى التحقيق هى محض تصرف فى التحقيق. أما إقامة الدعوى الجنائية، فيتم بواسطة النيابة العامة بمجرد طلب ندب قاض للتحقيق (المادتان ٦٣/ ٢ و٦٧ إجراءات)، وهو ما يسرى على مستشار التحقيق (المادتان ٦٥ و٦٧ إجراءات). وننبه أيضا إلى حضور المتهم بالجلسة أمام محكمة الجنح والمخالفات دون تكليف بالحضور وقبوله المحاكمة مشروط بتوجيه التهمة إليه من النيابة العامة - دون غيرها - وهو ما يعتبر فى ذاته تحريكا للدعوى الجنائية كبديل عن التكليف بالحضور.

وهذه الأحوال المتقدمة استثناء على الأصل العام، مما لا يجوز معه تنظيم ممارستها،

دون تقيد بغير الشروط الموضوعية التى لا يناقض تطبيقها حكما فى الدستور[1]. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن حظر إقامة الادعاء المباشر فى الحالتين المبينتين فى المادة ٢٣٢/ ٣ إجراءات[2]، يتفق مع اعتبار الحق فى الادعاء المباشر استثناء من أصل رفع الدعوى الجنائية بأمر من جهة قضائية، وأن المشرع قد أغلق فى حدود سلطته التقديرية ولاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة هذا الطريق فى مجال الجرائم الوظيفية دون ما إهدار للحق فى ملاحقة مرتكبيها جنائيا وفق مقاييس موضوعية وعلى ضوء الأدلة التى تعزز الاتهام وترجحه[3].

أما تقييد حرية إقامة الدعوى الجنائية بقيود إجرائية معينة، هى الشكوى والطلب والإذن، فإنه لا يعدو أن يكون قيدا استثنائيا على سلطتها فى مجال تحريكها، ومفترضا إجرائيا لجواز مباشرتها[4]، ضمانا لحق أو حرية يحميها الدستور أو القانون، وهذا القيد عينى يرد على الحق فى الدعوى الجنائية، سواء كان هذا الحق للنيابة العامة بحسب الأصل، أو كان مخولا لغيرها فى الحالات السالف بيانها. ومع ذلك، فإنه فى جرائم الجلسات، فإنه لا يتوقف رفع الدعوى فى هذه الحالة على شكوى أو طلب، إذا كانت الجريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المواد ٣ و٨ و٩ من قانون الإجراءات الجنائية (المادة ٢٤٤/ ٢ إجراءات). أما إقامة الدعوى الجنائية من خلال التصدى الذى تباشره

---

(١) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٧ لسنة ١٧ قضائية «دستورية».

(٢) وهما: (١) إذا صدر أمر من قاضى التحقيق أو من النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى ولم يستأنف المدعى بالحقوق المدنية الأمر فى الميعاد أو استأنفه فأيدته محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة المشورة.

(٢) إذا كانت الدعوى موجهة ضد موظف أو مستخدم عام أو أحد رجال الضبط لجريمة وقعت منه فى أثناء تأدية وظيفته أو بسببها ما لم تكن من الجرائم المشار إليها فى المادة ١٢٣ من قانون العقوبات.

(٣) دستورية عليا فى ١٨ من إبريل سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٩ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ ٥، المجلد الأول ص ٢٩٤. وقد أشارت المحكمة الدستورية العليا فى حكمها المذكور إلى أن المشرع وازن بين أمرين: أولهما الضرورة التى يقتضيها استعمال الحق فى الادعاء المباشر فى إطار الأغراض التى شرع بها، وثانيهما الأضرار التى ينبغى توقيها إذا نقض هذا الاستعمال تلك الأغراض وتنكبها، مهددا بذلك مسئولية أداء العمل العام.

(٤) ويلاحظ أنه فى حالة الإذن باتخاذ الإجراء قبل رجال القضاء فإنه يحمى حقا دستوريا هو استقلال القضاء، وأن الإذن باتخاذ الإجراء قبل عضو البرلمان فإنه يحمى حقا دستوريا هو الحصانة البرلمانية لما يبدونه من آراء وأقوال داخل المجلس. والحماية تكون فى مواجهة الكيدية للمساس باستقلال القضاء، أو الكيدية لأداء عضو البرلمان داخل المجلس ى حرية تامة.

وانظر: دستورية عليا فى ٤ مايو سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، مجموعة المحكمة الدستورية العليا جـ ٧، ص ٥٧٤.

محكمة الجنايـات أو محكمة النقض عند نظر الموضـوع ؛ فإنها تفترض ورودها على وقائع جديدة مستقلـة عن الواقعة الأصلية محل الـدعوى الأصلية، سواء كـانت هذه الجرائم مشتقة عن الجرائم التى تقـوم عليها هذه الواقعـة الأصلية أو تكون جرائم (جنـايات أو جنح) مرتبطـة بها . ولا يجوز ذلك إلا بعد استيفاء القيد الإجـرائى الخاص بها، فى حالة وجوده . ولا يجوز القياس هنا على جرائم الجلسات لاختلاف العلة، كما أن الاستثناء لا يقاس عليه[1]. ويترتب على عدم استيفـاء هذا القيد بطـلان تحريك الدعوى الجنـائية القائم على التصدى وما يترتب عليه من إجراءات .

ويتطلب حق النيابة العامة فى الدعوى الجنـائية أن تنتهى هذه الدعوى بحكم قابل للنفاذ أيـا كان منطوقـه، وذلك وفقا للقواعـد والإجراءات التى يتطلبها القـانون . فكما قضت المحكمة الدستـورية العليا لا تكتمل مقومات حق التقاضى أو يبلغ غـايته ما لم توفر الدولـة للخصومة فى نهاية مطافها حـلا منصفا هو اقتضاء منفعة يقررهـا القانون، وأنه إذا كانت الوسائل القضائية المتاحة لا توفر الحماية اللازمة لصون حقوقه، فلا طائل من وراء حق التقـاضى [2]. وتطبيقـا لهذا المبدأ على الـدعوى الجنـائية، فإنـه إذا نص القانـون على حق أية جهة فى تعطيل تنفيذ الحكـم القضائى، كان ذلك مجافيا لفعـالية الحق فى الدعـوى الجنائية وحق الـدولة فى العقاب . فهـذه الفعالية كما قـالت المحكمة الدستورية[3]، لا تتوقف على مجرد الحق فى اللجـوء إلى القضاء بل يجب أن توفر الـدولة إمكانية تنفيذ هذا الحق .

---

(١) قانون الإجراءات الجنائيـة معلقا عليه بالفقه وقضاء النقض للدكتور مأمون سـلامة، طبعة نادى القضاة، ص ١٣٢، وانظر: الدكتور عادل قورة، شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٨٧، ص ٢٠١ .

(٢) دستورية عليـا فى ١٣ إبريل سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٢ لسنـة ١٤ قضائية (دستورية) . مجمـوعة أحكام الدستوريـة العليا جـ ٥ (المجلد الثانى)، القـاعدة رقم ٢١ ص ٢٤١ . وقد أكدت المحكمة الـدستورية العليا أن حق التقاضـى لا تكتمل مقوماته ما لم تـوفر الدولة لخصـومه فى نهاية مطافهـا حلا منصفا يمثل التسويـة التى يعمد من يطلبهـا إلى الحصول عليهـا بوصفها الترضيـة القضائيـة التى يسعى إليها لـواجهة الإخلال بالحقوق التى يدعيها . وقالت محكمة النقض بأن الامتناع عن تنفيذ الترضية القضائية (أى حكم المحكمة) أو عرقلة هذا التنفيذ أو تعطيله بعمل تشريعـى، يعتبر عدوانا من السلطة التشريعية على الولاية الثابتة للسلطة القضائية . وبناء على هذا المبدأ قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية عجز الفقرة الثانية من البنـد (ب) من المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فيما نـص عليه من أنه «ويشترط أن يتم التنفيذ فى مـواجهة المستأجـر» على أساس أن النص المذكـور عطل الآثار القانـونية لحكم الطـرد، لأنه جعل تنفيذه رهنـا بإرادة المستأجر. (دستـورية عليا فى ٦ فبرايـر سنة ١٩٩٩ فى القضيـة رقم ٨١ لسنة ١٩ قضائية «دستورية» .

(٣) دستورية عليا فى ١٣ إبريل سنة ١٩٩٣ المشار إليه .

هذا مع مراعاة أن تنفيذ الحكم الجنائى يتوقف على منطوقه الذى قد ينص على وقف تنفيذ العقوبة لأسباب تتعلق بأهداف العقاب .

وإذا كان القانون قد أجاز لغير النيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية ، فإن ذلك لا يسلب النيابة العامة صفتها كأمينة على الدعوى الجنائية ولو حركها غيرها من الأفراد فى حدود القانون . وتأكيدا لذلك فإنه فى صدد الادعاء المباشر لا يملك الفرد غير الحق فى تحريك الدعوى الجنائية دون أن يمتد هذا الحق إلى الدعوى ذاتها إذ يظل الحق فيها حكرا على النيابة العامة التى تلتزم قانونا بمباشرتها ولو تقاعس المدعى المدنى فى منتصف الطريق .

٢٣٨ـ ترك الدعوى الجنائية وانقضاؤها بإرادة الخصوم

جاء التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجنائية سنة ١٩٩٨ الصادر بالقانون رقم ١٧٤ سنة ١٩٩٨ فنص فى المادة ٢٦٠/ ٢ إجراءات على أن يترتب على ترك الدعوى المدنية أو اعتبار المدعى بالحقوق المدنية تاركا لها ـ بعد أن أقامها بالادعاء المباشر، الحكم بترك الدعوى الجنائية ، ما لم تطلب النيابة العامة نظرها [1]. هذا مع ملاحظة أنه إذا تنازل المدعى المدنى عن الشكوى فى الجرائم المعلق رفعها على شكوى من المجنى عليه تنقضى الدعوى الجنائية بهذا التنازل .

وقد أخذ التعديل الجديد لقانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بفكرة الصلح بين المتهم والنيابة العامة فى المخالفات والجنح التى لا يوجب القانون فيها الحكم بغير الغرامة (المادة ١٨ مكررا) . ومن ناحية أخرى ، أجاز الصلح بين المتهم والمجنى عليه ، وأطلق عليه التصالح (المادة ١٨ مكررا أ) من قانون الإجراءات الجنائية ، تمييزا له عن الصلح الذى تعقده النيابة العامة . وعلى هذا النحو أجاز للمجنى عليه (فى المادة ١٨ مكررا أ) فى جرائم معينة أن يطلب التصالح من النيابة العامة أو المحكمة فى حدود معينة ، ويترتب على ذلك إثبات صلحه مع المتهم وتنقضى بذلك الدعوى الجنائية . ويشترط لذلك بطبيعة الحال موافقة المتهم [2]. وهذا النظام

---

(١) وقد أخذ بهذا الحكم القانونى قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى فى المادة ٤٢٥ .

(٢) ويعتبر الصلح والتصالح بين المجنى عليه والمتهم إحدى صور بدائل الدعوى الجنائية المسمى بالتوسط «mediation» (انظر: Vade-mecum, op. cit., p. 135) .

الإجرائى لانقضاء الحق فى الدعوى الجنائية بغير حكم (الصلح والتصالح) لا يتمتع بحجية إيجابية فيما يتعلق بثبوت التهمة أو نفيها ومن ثم فلا حجية له أمام القضاء المدنى، ويقتصر أثره على الحجية السلبية المتمثلة فى انقضاء الدعوى الجنائية. وغنى عن البيان، فإن مبلغ الصلح لا يعتبر عقوبة، ولا تسرى عليه أحكامها، والمتهم فى جميع الحالات يملك كامل الحرية فى قبول الصلح من عدمه [١].

ومن ناحية أخرى، فقد ذهب البعض [٢] إلى أن الدولة قد تحصل على سلطتها فى العقاب دون الحاجة إلى دعوى جنائية، كما فى الصلح الضريبى، كما قيل بأن المحكوم عليه قد ينفذ العقوبة تنفيذا اختياريا لا جبريا كما فى حالة الغرامة إذ لا يوقع عليه الإكراه البدنى إلا إذا لم يدفع المحكوم عليه باختياره هذه الغرامة (المادة ٥٠٧ إجراءات)، وكما فى حالة الحكم بعقوبة الحبس البسيط التى لا تزيد على ثلاثة شهور إذ يجوز للمحكوم عليه أن يطلب بدلا من تنفيذ عقوبة الحبس تشغيله خارج السجن (المادة ٤٧٩ إجراءات).

وهذا الرأى مردود بأن الصلح الضريبى أجازه القانون لعلة خاصة هى ما تنطوى عليه الجرائم الضريبية من الاعتداء على المصالح المالية للدولة. كما أن مبلغ الصلح لا يعتبر عقوبة. ولما كان ارتكاب الجريمة الضريبية ينشئ للدولة حقا فى التعويض وحقا فى العقاب، فقد راعى القانون فى هذا النوع من الجرائم أن تكون الغرامة المحكوم بها ذات طبيعة مختلطة أى تجمع بين عنصرى التعويض والعقاب [٣].

---

(١) قضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٨٠ بأن الصلح الجنائى يقع تحت تأثير الإكراه إذا أغلقت جهة الإدارة محل المتهم حتى يدفع مبلغ الصلح أو يفصل فى الدعوى الجنائية، وذهبت المحكمة إلى أن المتهم فى هذه الحالة حرم من الحق فى محاكمة عادلة (انظر: Vade-mecum, op. cit., p. 19). ولا شك أن الأمر يتوقف على ما إذا كان غلق المحل قد صدر وفقا للقانون من عدمه.

(٢) ELOGU; op cit., p. 153.

(٣) انظر مقالنا عن الغرامة الضريبية، مجلة القانون والاقتصاد فى سنة ١٩٦٠ ص ٤٢٩، نقض ٨ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة الأحكام س ١٥ رقم ١٥٨ ص ٧٩٩، ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ رقم ١٧٩ ص ٩٢٧، ومؤلفنا ــ الجرائم الضريبية ـ القاهرة لعام ١٩٩٠، وقد قدر المشرع أن أداء حق الدولة فى التعويض عن طريق الصلح ينطوى فى حد ذاته على إيلام مالى للمحكوم عليه من شأنه أن يعوق احتمال عودته إلى مثل هذه الجريمة مرة أخرى، وبخاصة أنه لم يرتكبها إلا من أجل كسب مال غير مشروع.
وهذا الاعتبار هو الذى حدا بالمشرع إلى أن يرتب على الصلح فى هذا النوع من الجرائم انقضاء الدعوى =

وقد تعرض اصطلاح «الصلح الجنائى transaction pénale» لانتقاد جانب من الفقه، بناء على أن هذا الصلح ليس إلا عقدا بين المتهم والنيابة العامة، وهو أمر غريب فى المسائل الجنائية، باعتبار أن المجال الأصيل للصلح هو المسائل المدنية [١].

٢٣٩ـ السيادة القضائية وتسليم المجرمين

بينا فيما تقدم أن السلطة القضائية تمارس مظهرا من مظاهر سيادة الدولة. إلا أنه أمام زيادة الإجرام سواء على المستوى الداخلى أو الدولى أو بين الدول، زادت طلبات تسليم المجرمين من بعض الدول التى تتأثر مصالحها بوقوع الجريمة. وقد أثارت هذه الطلبات مسألة السيادة القضائية للدولة. فالهدف من تسليم المجرمين ليس فى بحث مدى ثبوت التهمة أو إنكارها، وإنما هى فى تحديد الدولة التى يجب فيها محاكمة المتهم، أو تنفيذ العقوبة عليه إذا كان قد صدر عليه حكم من قضاء دولة أخرى [٢].

= الجنائية أو وقف تنفيذ العقوبة حسب الأحوال. وقد قضت محكمة النقض بأن الصلح هو بمثابة نزول من الهيئة الاجتماعية عن حقها فى الدعوى الجنائية مقابل الجعل الذى قام عليه الصلح، ويحدث أثره بقوة القانون مما يقتضى من المحكمة إذا ما تم التصالح فى أثناء نظر الدعوى أن تحكم بانقضاء الدعوى الجنائية. أما إذا تراخى إلى ما بعد الفصل فى الدعوى فإنه يترتب عليه وجوبا وقف تنفيذ العقوبة الجنائية المقضى بها (نقض ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة الأحكام س ١٤ رقم ١٦٩ ص ٩٢٧ و ١٩ يناير سنة ١٩٨٢ س ٣٣ رقم ٦ ص ٤٦) ويلاحظ أيضا أن كلا من قانون تحقيق الجنايات الملغى (١٩٠٤) وقانون الإجراءات الجنائية الحالى (المادة ١٩ قبل تعديلها) كان يجيز الصلح فى بعض المخالفات البسيطة. وفى هذه الأحوال لا يمكن القول بأن اقتضاء مبلغ الصلح هو تنفيذ لحق العقاب بدون دعوى جنائية. فمبلغ الصلح ليس عقوبة ينفذها المحكوم عليه، وما الصلح إلا نوع خاص من التنظيم الإجرائى بغير طريق الدعوى الجنائية أجازه القانون فى نوع من الجرائم ــ معظمها قليل الأهمية ـ للحد من إطالة الإجراءات إذا باشرت الدولة حقها فى العقاب. ولذلك، فإن عرض الصلح على «المتهم» بارتكاب الجريمة لا يعتبر تحريكا للدعوى الجنائية قبله. أما أن يقوم المحكوم عليه بالغرامة بدفعها باختياره، فذلك وضع لا يمنع من أنه يقوم بهذا التنفيذ كرها عنه خضوعا لأمر القانون تحت وطأة التهديد بالإكراه البدنى. وبالنسبة للمحكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تزيد على ثلاثة شهور، فإن كل ما له هو أن يطلب تغيير هذه العقوبة بالعمل خارج السجن، وهو طلب خاضع لتقدير السلطة المختصة، وليس له أن يفلت من عقوبة الحبس بنفسه أو باختياره.

(١) انظر:

Vade-Mecum Penolegique; Mesures et peines alternatives, Editieun UGA, 1997, p. 17.

(٢) انظر:

Cherif Bassioiuni, International Extradition: United States law and practice, Third edition, Oceana publications Inc. Dobbs Ferry, New York, 1996, p.18.

ولهذا يعتبر تسليم المجرمين عملا من أعمال السيادة "sovereign act" له إجراءاته الخاصة، والتى تتمثل فى أن دولة صاحبة سيادة تسلم إلى دولة أخرى صاحبة سيادة شخصا يشتبه فى اتهامه بجريمة أو مذنبا قضى بإدانته. ونظرًا لتعلق الموضوع بسيادة الدولة، فإن معظم الدول ترى أن واجب التسليم يجب أن يتم وفقا لمعاهدة. ولهذا انتشر عدد المعاهدات الإقليمية بجانب الاتفاقيات الثنائية التى تعالج تسليم المجرمين[1]. وقد يتم تسليم المجرمين خارج نطاق المعاهدات اعتمادا على المعاملة بالمثل أو المجاملة فى نطاق المبادئ الدولية للتعاون بين الأمم، على أنه فى هذه الحالة يجب أن يتم وفقا للتشريع الداخلى للدولة التى تأذن بالتسليم وفى حدود ما يتطلبه من قواعد وإجراءات[2].

ويعتمد تسليم المجرمين سواء تم فى إطار المعاهدة الدولية أو على أساس المعاملة بالمثل أو المجاملة، على أساس أن مصالح الدولة طالبة التسليم قد أصيبت بسبب سلوك الشخص الذى يقيم فى الدولة المطلوب منها التسليم. ويفترض ذلك الطلب أن الدولة التى يقيم فيها المتهم ليست لها مصلحة أعلى من مصلحة الدولة طالبة التسليم، فى أن تحاكم هذا المتهم بواسطة قضائها. وفى ضوء التوازن بين مصالح الدولتين يتم قبول طلب التسليم أو رفضه، ويتم حسم التنازع حول ولاية "jurisdiction" كل من الدولتين فى محاكمة المتهم - عند نشوء هذا التنازع. فلاشك أن الدولة طالبة التسليم لابد أن تدعم طلبها على أساس قانونى يتمثل فى ولايتها فى محاكمة المتهم. على أنه من المسلم به أيضا أن كل دولة لها السلطة فى محاكمة المتهمين داخل اختصاصها الإقليمى، فذلك أمر يمس صميم سيادتها الداخلية. وبالتالى، فإن طلب تسليم المجرمين يثير تداخلا بين السيادة والولاية. ولما كان سلوك المتهم داخل إقليم الدولة أو خارجه قد يؤثر فى مصالح أكثر من دولة، فإن ذلك من شأنه أن يثير تنازعا حول الاختصاص الولائى بمحاكمة هذا المتهم.

---

(١) وافق مجلس جامعة الدول العربية فى ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢ على اتفاقية تسليم المجرمين.

(٢) وقد يُعقد اتفاق خاص ad hoc بين الدولتين لإشباع احتياجات جرائم معينة. انظر:

C.Bassiouni, op. cit., p.18.

وفى هذا الصدد، توجد خمس نظريات تحكم الاختصاص الولائى الإقليمى بمحاكمة المتهم:

(١) نظرية تعتمد على مكان وقوع الجريمة.

(٢) نظرية الشخصية الإيجابية والتى تعتمد على جنسية المتهم.

(٣) نظرية الشخصية السلبية والتى تعتمد على جنسية المجنى عليه.

(٤) نظرية المصلحة المحمية والتى تعتمد على المصلحة الوطنية التى مستها الجريمة، وهى نظرية قريبة من نظرية الشخصية السلبية، ولكنها أوسع نطاقا لأنها تمكن الدولة من أن تصل خارج حدودها لحماية مصالحها التى تمس خارجها، فهى نظرية الذراع الطويل للولاية القضائية والتى تعتمد على الطابع الدولى للجريمة.

(٥) نظرية العالمية وتعتمد على الطابع الدولى للجريمة.

ويلاحظ أنه عند الإشارة إلى الإقليم فى التشريع الوطنى أو فى المعاهدة، فإن هذا الاصطلاح ينصرف إلى النظرية الأولى التى تعتمد على مكان وقوع الجريمة فى حدود معناه الواسع أو الضيق وفقا للتشريع الوطنى للدولة طالبة التسليم بشرط موافقة الدولة المطلوب منها التسليم على هذا المعنى[1].

ويلاحظ أنه وفقا لاتفاقية فيينا حول العلاقات الدبلوماسية (١٨ إبريل سنة ١٩٦١)، واتفاقية فيينا حول العلاقات القنصلية (٢٤ إبريل سنة ١٩٦٣) لا تملك الدولة المعتمد إليها الدبلوماسى اتهامه أو تسليمه إلى أية دولة أخرى، وكل ما تملكه هو أن تعتبره شخصا غير مرغوب فيه وتطلب منه مغادرة البلاد فى مدة معينة، إلا أنه إذا عاد إلى هذه الدولة بعد انحسار صفته الدبلوماسية لديها، فإنه يجوز خضوعه للمحاكمة أمامها، لأن حصانته ترتبط بوظيفته الدبلوماسية لا بشخصه. وكذلك الشأن بالنسبة إلى رؤساء الدول، فإنه رغم حصانتهم من المحاكمة لدى دولة أخرى غير دولهم، فإنه منذ إنشاء المحكمة الدولية لمحاكمة المجرمين فى نورمبرج سنة ١٩٤٥ لا يتمتع رؤساء الدول بهذه الحصانة عن الجرائم الدولية مثل جريمة الاعتداء على السلام، وجرائم الحرب، وجرائم الاعتداء على الإنسانية، وجريمة إبادة الجنس (صدرت فى ٩

---

(١) C. Bassiouni, op. cit., p.297.

ديسمبر سنة ١٩٤٨[١]. وقد قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ بإجماع الآراء اعتماد مبادئ القانون الدولى المعترف بها بواسطة ميثاق محكمة نورمبرج والحكم الذى أصدرته هذه المحكمة. ومنذ ذلك الوقت، لا يفلت رئيس الدولة من مسئوليته الشخصية إذا ساهم فى أعمال تعتبر وفقا للقانون الدولى جرائم ضد الإنسانية. وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها رقم ٣٠٧٤ فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٧٣ الذى يطالب الدول بتسليم المتهمين بجرائم الاعتداء على الإنسانية والعمل على تقديم العون لمحاكمتهم، والامتناع عن اتخاذ أى إجراء تشريعى أو غيره يعوق التزاماتها الدولية بالقبض على هؤلاء المتهمين أو عقابهم أو تسليمهم.

وواضح مما تقدم، أن تسليم المجرمين عمل من أعمال السيادة تحكمه مبادئ القانون الدولى التى تعتبر جزءا من التشريع الداخلى للدولة وتمارسها طبقا لالتزاماتها الدولية وفى حدود مبادئ التعاون الدولى، وذلك فى حدود الدستور.

٢٤٠- المتطلبات العامة للضمان القضائى

يفترض الضمان القضائى أن يتمتع القضاء بالاستقلال والحياد. وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن استقلال السلطة القضائية أمر لازم لضمان موضوعية الخضوع للقانون، ولحصول من يلوذون بها على الترضية القضائية التى يطلبونها عند

---

(١) أصدر مجلس اللوردات البريطانى فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٩٨ حكما بأن السناتور Pinochet (رئيس دولة شيلى السابق) الذى اعتقل فى لندن بناء على طلب أحد القضاة الأسبان بسبب اتهامه بجرائم من هذا النوع وقعت على أسبانيين، لا يتمتع بحصانة من الاتهام، وأن إجراءات تسليمه تظل واجبة الاتباع. وقد عدل المجلس عن هذا القرار فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٩٨ بعد أن اتضح أن أحد أعضاء اللجنة الاستئنافية التى أصدرت قرارها الأول قد فقد شرط الحياد. وأعيد نظر الموضوع مرة أخرى أمام محكمة استئناف بتشكيل جديد فأصدرت فى ٢٤ مارس سنة ١٩٩٩ قرارا بصحة إجراءات القبض على بينوشيه وفتحت الطريق أمام اتخاذ الإجراءات نحو تسليمه إلى أسبانيا، إلا أن المحكمة قررت أن بينوشيه لا يمكن اتهامه بأى فعل ارتكب قبل ١٩٨٨ وهو التاريخ الذى انضمت فيه بريطانيا إلى الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب. ولما أصدر وزير الداخلية البريطانى قرارا بالبدء فى إجراءات التسليم طعن فى القرار أمام المحكمة فرفضت هذا الطعن. انظر:

Judyments - Regina V. Bartle and the commissioner of police for the metropolis and others Ex parte pinochet (on appeal from a divisinal court of the queen's bench division).

وقوع عدوان على حقوقهم وحرياتهم [١]. كما أكدت أن حيدة السلطة القضائية عنصر فعّال فى صون رسالتها لا تقل شأنا عن استقلالها بما يؤكد تكاملها [٢].

وعلى هذا النحو يكون استقلال القضاء وحيدته ضمانين تنصبان معا على إدارة العدالة بما يكفل فعاليتها، وهما بذلك متلازمتان. وفى هذا الشأن أكدت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا جاز القول ـ وهو صحيح ـ بأن الخصومة القضائية لا يستقيم الفصل فيها حقا وعدلا إذا خالطتها عوامل تؤثر فى موضوعية القرار الصادر بشأنها ـ ما كان منها خارجيا أو معتدلا فى دخائل النفس البشرية ـ وأيا كانت دوافعها أو أشكالها، فقد صار أمرا مقضيا أن تتعادل ضمانتا استقلال السلطة القضائية وحيدتها فى مجال اتصالها بالفصل فى الحقوق انتصافا ترجيحيا لحقيقتها القانونية، لتكون لهما معا القيمة الدستورية ذاتها، فلا تعلو إحداهما على أخراهما أو تجبّها، بل تتضامنان تكاملا، وتتكافآن قدرا [٣].

وواقع الأمر، أنه بغض النظر عن استقلال القضاء، فإن صفة الحياد فيه هى التى تمكنه من إدارة العدالة الجنائية، وذلك بإجراء محاكمة منصفة. ولا يجوز الخلط بين حياد القضاء واستقلاله؛ فاستقلال القضاء يعنى عدم التدخل فى شئونه، وهو شرط بديهى لتكوين حياده. ومن ثم، فإن استقلال القضاء شرط لحياده. فالقاضى الذى لا يتمتع بالاستقلال تثور الشبهات حول حياده، ولكن استقلال القضاء لا يكفى وحده لاستخلاص حياده ما لم يتأكد ذلك بضمانات أخرى. وبعبارة أخرى، فإن حياد القضاء يفترض استقلاله وليس العكس.

ويتعين فيمن يتولى وظيفة القضاء أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية للصلاحية فى القيام بهذا العمل، سواء فيما يتعلق بالصلاحية القانونية وغير ذلك من المتطلبات التى تكفل فهم القضايا على اختلاف أنواعها وما تثيره من مشكلات قانونية وغير قانونية تتصل بمختلف العلوم. ومن ثم، فالقضاء ليس مجرد ولاية تضفى على أى شخص حتى يكون قاضيا. فالصلاحية الموضوعية شرط لا غنى عنه لكى يقوم بالقضاء بمهمته

(١) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٦٢ سنة ١٩ قضائية «دستورية».

(٢) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨ السالف الإشارة إليه.

(٣) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨ السالف الإشارة إليه.

التى ناطـه بها الدستور. ووفقا لهذا المبـدأ قضى المجلس الدستورى فى فرنسـا بأنه يجب على المشرع فى مـزاولـة اختصاصـه المتعلق بشئـون القضـاء أن يضع نصـوصـا تتفق مع القواعد والمبـادئ الدستورية، وبوجـه خاص ما يتعلق ـ ليس فقط بـاستقلال القضاء وعـدم قـابلية القضـاة للعـزل، وإنما كـذلك أيضـا يجب أن تتـوافر فى رجـال القضـاء الصـلاحيـة، والمهارة التى تلـزم لشغل الـوظيفـة القضـائية، فتضمن بـذلك مسـاواة المواطنين أمام القضاء. و أضاف المجلس الـدستورى أن وظائف القضاء يجب بحسب الأصل أن يشغلها أشخاص يهدفون إلى نذر حياتهم المهنية لتحقيق العدالة [(١)].

وواقع الأمر، أن شرط الصلاحيـة سالف البيان لازم وضرورى لتوفير ثـلاثة ضمانات هى استقلال القضاء، وحيـاده، والمساواة أمام القضاء. وبهذه المتطلبات تتـوافر الثقة التى نوليها للقضاء حتى يتبوأ مركزه بوصفه حارسا تقليديا للحريات. فهى ليست مزايا للقضاة، بقدر مـا هى ضمانات للتطبيق الصحيح للقانـون، وحماية الحريات[(٢)]. وإذا كانت سيادة القـانون تفترض استقلال السلطة القضائيـة، فإن هذا الاستقلال يقتضى خضوع القضاء لمبادئ واضحة تكفل حياده. وقد اعتبرت المحكمة الدستورية العليا فى مصر المتطلبات المذكـورة هى الحلقة الوسطى فى حق التقاضى، وذلك بـاعتبار أن حق الشخص فى اللجـوء إلى القضاء هـو مجرد حلقـة من حق التقـاضى تكملها حلقتـان، الأولى (وهى الحلقة الوسطى) وتتمثل فى متطلبات الضمان القضائى، والثانية هى توفير الحل المنصف الذى تقضى به المحكمة ويكون قابلا للتنفيذ[(٣)]. وتعتبر هذه المتطلبات من العمومية بحيث تسرى على جميع جهات القضاء، ومنها القضاء الجنائى.

---

(١) Décision, No. 98 - 396, Dc du 19 Février 1998.

(٢) نصت المادة ٦٥ من الدستور المصرى على أن (تخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات).

(٣) دستورية عليا فى ٣ إبريل سنة ١٩٩٣، فى القضية رقم ٢ لسنـة ١٤ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد (١٤) فى ٨ إبريل سنة ١٩٩٣.

الفصل الثـــانى
استقلال القضاء وحياده

المبحث الأول
استقـــلال القضــــاء

٢٤١ـ المبدأ

يعتبر استقلال القضاء ركنا أساسيا فى مبدأ الشرعية بوجه عام وضمانا لسيادة القانون (المشروعيـة) . ولهذا أكد كل من المؤتمرين السـابع والثامن لـلأمم المتحدة لمنع الجريمـة ومعاملة المجـرمين، المنعقدين فى ميلانو سنة ١٩٨٥ ، وفى كوبـا سنة ١٩٩٠ ، أن مبدأ استقـلال السلطة القضـائية هـو أساس الشرعيـة والمسـاواة أمام القـانون . واستقـلال القضاء يعنى تحرر سلطتـه من أى تدخل من جـانب السلطتين التشريعية والتنفيـذية ، وعدم خضوع القضاة لغير القانون[١] . فواجب القاضى فى تطبيق القـانون يقتضى منه معرفـة إرادة المشرع على الوجه الصحيح ، وهـو ما لا يتأتى إلا إذا كان كـامل الحرية فى استخـلاص هـذه الإرادة غير متأثـر بفكـرة معينـة وغير خـاضع لتـدخل من هـاتين السلطتين . ولا يعنى هذا الاستقـلال التحكم أو الاستبداد فى الـرأى أو الحكم ، ولكنه يعنى عدم الخضوع فى استخلاص كلمة القانون وتطبيقها لغير ضمير القاضى واقتناعه الحر السليم[٢] . ويعتبر استقلال القضاء عنصرا مهما فى شرف القضاء واعتبـاره ، بدونه يفقد القضاء قيمته وجدواه فى حمايـة الحريات . ولذلك نصت (المادة ٦٥) من الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ على أن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية

---

(١) تساءل Pierre truche الرئيس الأول لمحكمة النقض الفرنسية قبل بلوغـه السن القانونية للمعاش عن علة عدم إخطار السلطة التشريعية التى تقر التشريعات بكيفية تطبيقها بواسطة القضاة (حديث أدلى به لمجلة الفيجارو منشور بعددها الصادر فى ٢٨ يونية سنة ١٩٩٩) .

(٢) انظر فى الموضـوع محمد عصفـور، استقلال السلطـة القضائيـة ، مجلة القضـاة سنة ١٩٦٨ ص ٢٠٩ ومـا بعدها ، المستشـار محمد وجدى عبد الصمد : الاعتـذار بالجهل بالقانـون ، عالم الكتب ، سنة ١٩٧٣ ص ٧٠١٨ وما بعدها . محمد كامل عبيد ، استقلال القضاء رسالة دكتوراه سنة ١٩٩١ .

الحقوق والحريات[1]. كما نصت (المادة ١٦٢) من الدستور الكويتى الصادر سنة ١٩٦٢ على أن شرف القضاء، ونزاهة القضاة وعدلهم، أساس الملك وضمان للحقوق والحريات.

والضمان التقليدى لاستقلال القضاء هو عدم قابلية أعضائه للعزل[2]. يضاف إليهما ضمانان جديدان يتمثلان فى حسن اختيار القضاة، وصلاحيتهم المهنية للقضاء.

ويهمنا فى هذا الصدد التركيز على الصلاحية المهنية للقاضى لما له من تأثير غير مباشر على استقلال القضاء.

٢٤٢ـ الصلاحية المهنية للقاضى

قلنا إن استقلال القضاء يقتضى أن يكون بعيدا عن تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية، ولا يخضع فى قضائه لغير حكم القانون. فلا يكفى أن يكون القضاء بمنأى عن التدخل فى شئونه من بقية سلطات الدولة، بل يجب أيضا ألا يخضع فى أداء وظيفته لغير حكم القانون. فهذا الضابط الأخير هو الذى يحقق لاستقلال القضاء تكامله ومعناه الإيجابى وهو عدم الخضوع فى قضائه لغير حكم القانون. ويمثل فى التكوين المهنى للقاضى فى الوقت ذاته ضمانا لفعالية استقلال القضاء. فالقضاء مهنة قانونية قضائية يجب أن يتوافر فيمن يتقلدها التكوين المهنى القانونى القضائى. ولهذا رأينا كيف أن المجلس الدستورى الفرنسى فى ١٩ من فبراير سنة ١٩٩٨ قد أكد وجوب أن تتوافر لدى رجال القضاء الصلاحية والمهارات اللازمة لشغل الوظيفة القضائية، وأن ذلك يعتبر من المبادئ ذات القيمة الدستورية[3].

ويجب أن تراقب الدولة الشروط التى تكفل هذا التكوين. فلم تعد معرفة العلوم القانونية فى العصر الحديث بالمهنة السهلة، بعد أن تعددت فروع القانون واختلفت

---

(١) وقد عبر الجنرال ديجول عن أهمية استقلال القضاء بقوله «إن حسن ضمان كفاية وشرف وحياد الدولة يتوقف على كفالة استقلال القضاء واستمراره فى المحافظة على حرية كل فرد» (خطابه فى ميدان الجمهورية بباريس بتاريخ ٤ سبتمبر سنة ١٩٥٨ مشارا إليه :

Notes et Etudes documentaires, l'organisation judiciarie en France, 14 Fev. 1972, p.75.

(٢) انظر فى هذا الموضوع كتابنا عن (الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية ص ٢٧٠ـ٢٨٣).

(٣) Décision No. 98 - 396, Dc du 19 Février 1998.

هذا وقد صدر قانون عضوى سنة ١٩٩٩ بتعديل المادة الأولى من القانون العضوى organique الصادر فى ٧ يناير سنة ١٩٨٨ يسمح باستمرار مستشارى محكمة الاستئناف وقضاة المحكمة الابتدائية بالاستمرار بعد بلوغهم السن القانونية ـ بناء على طلبهم ـ لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات. وقد أقر المجلس الدستورى دستورية هذا القانون عند أخذ رأيه فيه قبل إصداره (Déc. no.99-418 DC du8 juillet1999.)

الموضوعات التى تعـالجها ، فضلا عن تضخم عدد التشريعـات الخاصة فى كل مجال ، بـالإضافـة إلى ما يتطلبـه حل المشكلات القـانونيـة من الإحاطـة بكثير من المعلومـات الاقتصادية والعلمية والصنـاعية والتجارية وغيرها . كل هذا بجـانب ما يقتضيه تفسير القانون من الإحاطة بأحكام القضاء وتعلم المنطـق القانونى . وبالإضافة إلى ذلك ، فإنه بعد انتشار العـولمة وما صاحبها من معـاملات تجارية دولية ، وزيادة عـدد المعاهدات الشارعـة بما يترتب عليها من تطبيق القـانون الأجنبى فى عـدد كبير من الأحوال ، يتعين إحاطة القاضى علما وتدريبه بما يمكنه من الفصل فى الدعاوى .

وإذا كان لم يعد من السهل الآن توفير التكوين المهنى لـرجال القانون ، فما بال الأمر بالنسبة إلى القاضى الذى يجب أن يبنى قضاءه على حكم القانون وحده .

ويمر تكـوين القضاة بثـلاثة مـراحل : التكويـن الأساسى (فى كليـات الحقوق) ، والتكوين المهنى (ويتم من خلال معاهد إعداد القضاة ثم بواسطة الخبرة العملية . وقد يسبق الالتحاق بهذه المعـاهد اجتياز مسـابقة من بين من استوفـوا برنامجا تأهيليـا معينا لـوظـائف القضـاء) ، والتكوين المستمـر (يتم مـن خلال الاطـلاع الـدائم الأسـاسى والدورات التدريبية) . وتتمثل عناصر هذا التكويـن فى جميع مراحله فى الملكة القانونية التى تهيئ للقاضى معرفـة القانون ؛ وفى القدرة على الحكم طبقا للقـانون ؛ ثم فى القدرة على الاستقراء والاستنباط السليم .

وفى هذا الشأن يوجد اتجاهـان : الأول ، هو القانونية "Juridisme" . والثانى ، هو النفسانية "Psychologisme" . ويتطلب الاتجاه الأول ألا يـراعى القـاضى غير نص القانـون . أما الاتجاه الثانى ــ وهو الاتجاه الحديث ـ فإنـه يرتبط بتطور علـوم الإنسان ، ويجعل القضاء نوعا من الطب النفسى الاجتماعى له وظيفة اجتماعية .

ويتطلب التكوين القضائى أن يلم القـاضى أولا بالمعلومات القانونيـة النظرية التى تكفل تكـوين ثقافتـه القـانونيـة ويتم ذلك من خـلال معرفـة القـوانين الرئيسيـة ، مع الإحاطة بأساليب الفن القانونى والمنطق القانونى .

وحتى يتمكن القـاضى الجنـائى من الحكم طبقـا للقـانـون لتحقيق المصلحـة الاجتماعية ، يجب أن يكون قادرا على تقدير الأوجـه غير القانونية للمشكلات التى تنبع من المجتمع الذى يطبـق فيه القانـون ، وذلك بإحاطتـه بالعلـوم الخاصة بها مثل الطب الشرعى ، والطب العقلى ، وعلم الإجرام والبوليس الفنى وغير ذلك من العلوم التطبيقية كالهندسـة والميكانيكا ، كل هـذا بجانب إحاطته بـالمعلومات التقليديـة المتعلقة بكيفية

إصدار الحكم وتسبيبه . وفى سبيل تكوين القدرة على الاستقراء والاستنباط السليم ، يجب أن يتمتع القاضى بالقدرة على التحليل والتركيب المنطقى ، وهو ما يمكن توفيره من خلال الدراسة للمنطق ومنهج البحث والقدرة على التعبير الشفوى والكتابى . وجميع هذه العناصر الثلاثة لازمة حتى يطبق القاضى القانون تطبيقا سليما .

على أنه بجانب هذه العناصر يجب غرس وإنماء بعض المعانى والقدرات لدى القضاة ؛ وهى العمل مع الجماعة (حين يعمل القاضى مع زملائه أعضاء الدائرة ، وحين يتعامل مع المحامين والخبراء) ، والقدرة على الحياد والإدراك السليم ، والقدرة على البت فى الأمور، والقدرة على إقامة العلاقات الإنسانية . كل هذه المعانى والقدرات من شأنها أن تدعم القاضى وأن تمكنه من أداء وظيفته القضائية فى استقلال تام(١) .

ويلاحظ أن التكوين المهنى لرجال القضاء لا يقتصر على مجرد التكوين القانونى بالمعنى الضيق ، بل إلى الإحاطة بغير ذلك من العلوم المكملة له والتى يجب معرفتها لإجادة فهم القانون والقدرة على حسن تطبيقه . فلم يعد إدراك معنى القانون قاصرا على تفسير ألفاظه واصطلاحاته ، ولم يعد تطبيق القانون مجرد عملية استنباط سهلة ؛ لأن فهم الواقعة وتحديد أبعادها يتطلب الإحاطة بكثير من المعرفة التى تتصل بشتى العلوم ومناحى الحياة ويبدو الأمر دقيقا بوجه خاص بالنسبة إلى القضاء الجنائى بعد أن أصبح الهدف من العقوبة هو إعادة إدماج المجرم فى المجتمع ، وهو أمر يتطلب من القاضى القدرة على فحص شخصيته من جميع الزوايا النفسية والاجتماعية والعضوية . أو مناقشة تقارير الخبراء فى هذا الشأن .

وقد تنبه المشرع الفرنسى إلى هذه الحقيقة فأنشأ فى عام ١٩٥٨ المركز القومى للدراسات القضائية(٢)، بهدف ضمان التكوين المهنى لقضاة المستقبل وإعلاء وتحسين مستوى معلومات القضاة . وقد عدل نظام هذا المعهد فى سنة ١٩٧٠ وسمى بمقتضاه بالمدرسة القومية للقضاء(٣) . وتعتبر هذه المدرسة مؤسسة عامة تتبع وزارة العدل ويتم الالتحاق بها - بحسب الأصل - بواسطة مسابقة ويسمى الطلاب بمندوبى القضاء ، ويعتبرون فى حكم القضاة فيما يتعلق بعدم جواز الجمع بين وظائف متعارضة والحرمان

---

(١) Pierre mortaguet; Enseignement et pratique judiciarie, Revue internationale de droit pénal. 1975, No.1 et 2..p.119 - 129.

(٢) Centre national d'Etudes judiciares (C.N.E.J.).

(٣) L'Ecole National de la magistrature (E.N.M.).

من حق الإضراب، ويحلفون اليمين ويتقاضون مرتبا عن عملهم[1].

ونأمل أن ينهض مركز الدراسات القضائية فى مصر بعبء التكوين المهنى للقضاة بعد أن يستوفوا تكوينهم القانونى الأساسى فى كليات الحقوق[2]. بالإضافة إلى الدورات والندوات العلمية للقضاة فى مراحل متفاوتة من حياتهم العلمية، أخذا بمبدأ التربية المستمرة، ولجعل القاضى أكثر قدرة على الاستفادة من المعلومات التى تعرض عليه وعلى تقييم نتائج البحث فى فعالية مختلف أشكال الجزاءات الجنائية، ولأن متابعة هذه الدورات من جانب القضاة يمثل إدراكا لصعوبة المهمة الملقاة على عاتقهم أمام تعقد المشكلات التى تعترض تحديد الجزاء الجنائى الملائم[3]. وبالإضافة إلى ذلك يجب

---

(١) Jean Vincent, op. cit., p.177.

تكفل كليات الحقوق التكوين القانونى العام فى مرحلة الليسانس، والتكوين القانونى للبحوث الأساسية فى مرحلة الدراسات العليا (الدبلومات والماجستير والدكتوراه) والتكوين القانونى للبحوث التطبيقية فى المعاهد العليا.

(٢) انظر مؤلفنا (الشرعية والإجراءات الجنائية) طبعة ١٩٧٧ ص ١٨٢.

(٣) John Hogarth; Sentencing as a human process, Toronto, University of Toronto press, 1971, p.390.

وقد عقدت وزارة العدل المصرية منذ عام ١٩٧٩ وحتى عام ١٩٨١ ثلاث دورات تدريبية للقضاة المعينين من بين المحامين بالقطاع العام، ثم صدر القرار الجمهورى رقم ٣٤٧ لسنة ١٩٨١ بتاريخ ٢٤ يونية سنة ١٩٨١ بإنشاء المركز القومى للدراسات القضائية، بهدف إعداد وتدريب أعضاء الهيئات القضائية وتأهيلهم علميا وتطبيقيا لممارسة العمل القضائى (المادة ٢) ويتبع هذا المركز وزير العدل ويتولى إدارته مجلس إدارة يضم إلى جانب رؤساء الهيئات القضائية أربعة من ذوى الخبرة يختارهم وزير العدل لمدة سنة قابلة للتجديد (المادة ٥) من اللائحة التنفيذية للمركز الصادر بقرار وزير العدل رقم ٢٧٨٢ لسنة ١٩٨١، ويتولى التدريس والتدريب بالمركز أعضاء الهيئات القضائية الحاليون والسابقون، وأعضاء هيئات التدريس الحاليون والسابقون بالجامعات، وذوو الخبرة بموضوعات الدراسة والتدريب وكبار رجال القضاء الأجانب الزائرون (المادة ١٨) من اللائحة التنفيذية وتتناول الدراسة إلى جانب العلوم القانونية الطب الشرعى بأقسامه المختلفة والأدلة المادية وعلم النفس والأمراض العقلية، وعلم السجون وقيم وتقاليد السلطة القضائية والأدب القضائى وآداب المرافعة واللغة والمصطلحات القانونية الفرنسية، كما يتضمن منهج التدريب برنامجا علميا يتناول عددا من القضايا الواقعية التى تم الفصل فيها، وتدريبا عمليا فى النيابات المختلفة يستغرق بضعة شهور، ويسرى على الدارسين من معاونى النيابة العامة الجدد الأحكام الخاصة بهم طبقا لقانون السلطة القضائية، وتحدد لوائح التفتيش بالهيئات القضائية الجزاء المرتب على إخفاق العضو فى اجتياز الفترة الدراسية أو الدورة التدريبية بنجاح.

ويذكر أن المركز القومى للدراسات القضائية قد تولى تدريب جميع النيابة العامة منذ مباشرته نشاطه فى أول أكتوبر سنة ١٩٨١ وحتى الآن، وذلك بعد صدور القرارات الجمهورية بتعيينهم وقبل مباشرتهم مهام مناصبهم، غير أن الرأى قد اتجه فى الآونة الأخيرة إلى وجوب أن يكون تعيين أعضاء النيابة الجدد من خريجى المركز القومى للدراسات القضائية (المستشار سرى محمود صيام - اختيار رجال النيابة العامة الجدد - بحث مقدم إلى مؤتمر العدالة الأول الذى نظمه نادى القضاة سنة ١٩٨٦، محمد كامل عبيد - استقلال القضاء. المرجع السابق ص ١٥٦ وما بعدها).

توفير التقييم المهنى لأداء القضاة، وأن يكون هذا التقييم وحده هو أساس الترقى فى المناصب القضائية.

ولكن ماذا يجدى التكوين المهنى القضائى السليم أمام هذا العدد الزاخر من القوانين وتلك المجلدات من الكتب القانونية التى يجب على القاضى الإحاطة بها، بينما الاطلاع على ملفات القضايا العديدة وحضور الجلسات يأخذ منه كل وقته ولا يعطيه فرصة للبحث عن القوانين والمراجع. وإذا كان القانون هو مجرد نصوص أقرتها السلطة التشريعية وأصدرها رئيس الجمهورية، فإنه بالنسبة للقاضى شىء أكبر من هذا وأكثر تعقيدا. فهذه النصوص لا ينظر إليها مجردة من غيرها من نصوص القوانين الأخرى، بل لابد من نظرة شاملة عليها تحيط بها وبغيرها من النصوص وبآراء الفقه وأحكام القضاء فى شأنها. وكل هذا لابد من تيسيره للقاضى حرصا على استقلاله حتى يتهيأ للحكم الصحيح وفقا للقانون. ولهذا فنحن ننادى بإنشاء أمانة فنية فى كل محكمة لتحضير الجانب القانونى فى الدعوى، فتضع أمام القضاة نصوص القوانين وأحكام القضاء وتكون تحت تصرفهم فى إجراء الدراسات التى يتطلبها الفصل فى الدعوى[1].

بالإضافة إلى ما سلف، يتعين استخدام منجزات العلم فى خدمة القضاء، ذلك بأن التطور واسع الأثر الذى شهده العالم على مدى العصور الأخيرة، يتجه إلى استخدام البنوك الإلكترونية التى تتمتع بطاقة تخزينية ضخمة لكمية هائلة من المعلومات يمكن استعادتها بسرعة فائقة ودقة متناهية. ويجرى استخدام هذه العقول فى مجال العدالة فى مصر، أسوة بالدول التى سبقت إلى ذلك كفرنسا (مركز المعلومات القانونية)، وإيطاليا (المركز الآلى للتوثيق).

وبهذا التيسير نضمن حقا فعالية الصلاحية المهنية للقضاة، ونحقق المعنى الإيجابى لاستقلال القضاء، وبه تتحقق فعالية الضمان القضائى.

وأخيرا، فإن محكمة النقض بما تنهض به من تقويم الأخطاء القانونية التى تشوب الأحكام، والعمل على توحيد المبادئ القانونية تسهم فى تدعيم مناط استقلال القضاء، لأنه يفترض وحدة كلمة القانون التى ينطق بها القضاة، وذلك باعتبار أن الضمير القضائى الحر لا يقضى بغير هذه الكلمة.

---

(١) ويكون أعضاء هذه الأمانة الفنية من خريجى أحد أقسام المعهد التابع لوزارة العدل، أو ممن لم يحصلوا على المستوى الذى يؤهلهم للعمل مباشرة فى سلك القضاء أو النيابة العامة.

٢٤٣- إسهام الشعب فى إقامة العدالة

يرتبط نظام إسهام الشعب فى إقامة العدالة الجنائية، وفق الأشكال المختلفة التى يمكن أن يوجد عليها فى الأنظمة الجنائية المتبعة إلى حد كبير، بالتقاليد القانونية والنظام الدستورى للدول التى تعرف هذا النظام. وتثور هنا قضية اشتراك غير القانونيين فى القضاء عن طريق المحلفين أو القضاة الشعبيين أو الإخصائيين.

وبالنسبة للمحلفين والقضاة الشعبيين(١)، فإن هذا النظام تستتر وراءه اعتبارات سياسية. فأهم أسانيده السياسية أن سيادة الشعب تقتضى إسهامه فى القضاء.

وقد فقد هذا السند بريقه لأن القضاء لم يعد مقصورا على طبقة اجتماعية معينة، ولم يعد القضاء إلا من رجال الشعب نفسه لا يختارون إلا بقدر كفايتهم لا طبقا لانتمائهم الطبقى. هذا فضلا عن أن سيادة الشعب تكفلها القوانين المختلفة (٢) وصدور الأحكام باسم الشعب. وكان من أسباب المطالبة بإدخال نظام المحلفين فى القرن التاسع عشر، أن الطبقات الوسطى المتحررة كانت لا تثق فى القضاء الجنائى الذى يقوم به قضاة مهنيون لأنهم كانوا خاضعين للتأثير السياسى للحكومة بناء على كونهم موظفين بها. وكان «الأحرار» السياسيون فى هذا العصر يطالبون بمحاكم المحلفين فى القضايا السياسية، حتى يفصل فيها رجال «أحرار» من الشعب(٣). وعلى عكس ذلك، قيل بأن الثورة الفرنسية أتت بنظام المحلفين لغاية أخرى هى تحطيم الكيان القضائى وجعله أداة للسلطة السياسية(٤).

وهكذا نرى أن إشراك أفراد الشعب فى وظيفة القضاء كانت وراءه بواعث سياسية. على أنه لم يكن من أجل تثبيت استقلال القضاء إلا حين كان القضاة خاضعين لتأثير السلطة التنفيذية، مما يعنى عدم الحاجة إلى هذا التثبيت حين يكون استقلال القضاء متوافرا فى مواجهة هذه السلطة.

---

(١) طبقا لنظام المحلفين تتكون المحكمة من قضاة مهنيين ومحلفين من عامة الشعب ويختص المحلفون بتقرير الإدانة، وينطق القضاة المهنيون بالعقوبة أو البراءة حسبما يرى المحلفون. أما نظام القضاة الشعبى فيتطلب أن يجلس فى المحكمة بجانب القضاة المهنيين قضاة شعبيون من عامة الشعب يكونون هيئة مشتركة ويفصلون معا فى الدعوى بجميع مسائلها الإجرائية والموضوعية.

(٢) Raymond Charles, Rapport presenté aux travaux de la troisiéme journée d'etudes juridiques, bibliotéque de la faculté de droit de l'université cathalique de louvain, No.4 (le jury face au droit pénal moderne), Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant 1967, p.47.

(٣) The German code of criminal procedure, introduction by EBERHARD SHMIDT, London, 1965, p.4.

(٤) Georges Burdeau, op. cit., p.137.

ويلاحظ أن الدستور المصرى قد نص على أن يسهم الشعب فى إقامة العدالة على الوجه وفى الحدود المبينة فى القانون. ولما كانت نصوص الدستور متكاملة متساندة، فإنه لا يجوز أن يترتب على إسهام الشعب فى إقامة العدالة الانتقاص من استقلال القضاء، مما يحتم أن يكون دور ممثلى الشعب فى بعض المحاكم محدودا متوقفا على توجيه القاضى فى المسائل القانونية أو التى تتطلب خبرة خاصة.

فاستقلال القضاء ليس من أجل إرضاء الرغبات الشخصية للقضاة [١]، وإنما هو من أجل تمكينهم من القضاء وفقا للقانون. ولا معنى لاستقلال القضاء ما لم يتوافر التكوين المهنى الذى يخلق لدى القضاة الوعى القضائى لتدعيم هذا الاستقلال والاستفادة منه وتوجيهه أحسن توجيه. وبدون هذا التكوين المهنى فلن يتحقق الاستقلال القضائى على الوجه الصحيح. لأن القاضى الذى لا يعرف حدود وظيفته ومناط قضائه قد لا يتمكن من مواجهة أى تدخل فى شئونه بل وقد لا يدرك خطر التدخل عند حدوثه. ولهذا قرر مؤتمر رجال القانون المنعقد فى لاجوس سنة ١٩٦٢ أن منح الاختصاص القضائى لأشخاص محرومين من التكوين والخبرة القانونية لا يوفر الضمانات التى يحتمها مبدأ سيادة القانون [٢].

وقد عنى الإعلان لاستقلال القضاء الصادر فى مونتريال سنة ١٩٨٣ بالتكوين المهنى للقضاة، فنص على وجوب أن يكون المرشحين لوظائف القضاء من الأشخاص الأكفاء والمدربين فى القانون وتطبيقه، وأن يتاح للقضاة الدخول فى دورات تأهيل مستمرة. كذلك أوجب المبدأ العاشر من المبادئ الأساسية لاستقلال السلطة القضائية الصادرة عام ١٩٨٥ أن يكون من يقع عليهم الاختيار لشغل الوظائف القضائية من ذوى الكفاءة وحاصلين على تدريب ومؤهلات مناسبة فى القانون.

٢٤٤- نطاق استقلال النيابة العامة

يمارس القضاء الوظيفة القضائية، ولكنه يمارس كل هذه الوظيفة، فالهيئات القضائية الأخرى تشاركه فى أعباء هذه الوظيفة، فى حدود معينة كما هو الحال بالنسبة إلى النيابة العامة [٣]. فهى أحد الأجهزة الساهرة على حسن تطبيق القانون فى الدولة

---

(١) Stndicat de la magisruture; Au nom du peuple Français, Editions stock, Paris, 1974, p.18.

(٢) Commission internationale des juristes; primauté du droit et droit et l'homme, 1966, op. cit., p.38.

(٣) Yotis; les organes de poursuite dans le procés pénal, Rev, inter. de droit pénal 1963, p.157.

القانونية . فهى التى تختص بممارسة حق الدولة فى العقاب من خلال الدعوى الجنائية ، ويتطلب هذا الدور أن تؤدى وظيفتها بموضوعية[1]. ونجاحها فى أداء هذه الوظيفة ليس بعدد الدعاوى الجنائية المرفوعة ، وإنما من خلال حسن تطبيق القانون الذى يتمثل فى أحكام سليمة بالإدانة من خلال محاكمة منصفة .

فما مدى تمتع النيابة العامة كهيئة قضائية باستقلال القضاء ، حتى نتبين مدى شرعية توفيرها للضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية .

واضح مما تقدم ، أن الضمان التقليدى لاستقلال القضاء يبدو فى عدم القابلية للعزل . وعلى الرغم من اعتبار النيابة العامة جزءا من السلطة القضائية لدى بعض التشريعات ، إلا أنها لم تكن تتمتع بهذا الضمان . إلا أن الاتجاه الحديث أكد تمتعها بهذا الاستقلال .

وقد نص القانون اليونانى الصادر فى عام ١٩١١ على تمتع النيابةالعامة بضمان عدم العزل الذى يتمتع به القضاة ، كما تأكد فى إيطاليا عدم قابلية النيابة العامة للعزل[2].

وفى فرنسا ، بعد أن كانت النيابة العامة تعتبر جزءا من السلطة التنفيذية ، فإنه بمقتضى التعديل الدستورى الصادر فى ٢٧ يولية سنة ١٩٩٣ أصبحت جزءا من الهيئة القضائية "autorité judiciaire" . فقد نصت المادة ٦٤ من الدستور الفرنسى على أن رئيس الجمهورية يضمن استقلال الهيئة القضائية ويساعده فى ذلك المجلس الأعلى للقضاء . وطبقا للمادة ٦٥ من الدستور بعد تعديلها ، أصبح المجلس الأعلى للقضاء مختصا بشئون أعضاء النيابة العامة . وجاء القانون العضوى الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٩٩٤ فعدل نظام المجلس الأعلى للقضاء وأشار إلى استقلال الهيئة القضائية سواء تلك التى يقوم بها قضاة الحكم أو أعضاء النيابة العامة . فى ضوء ذلك أكد المجلس

---

(١) انظر تقرير الجمعية الدولية لعلم الإجرام حول دور النيابة العامة فى القضاء الجنائى - اتجاه من زاوية علم الإجرام.

(Jorge de Figueiredo Dias; Le rôle du ministere public penale, une approche criminolgique)

منشور فى مؤلف معهد بحوث النظم القضائية الإيطالى الذى أصدره بالتعاون مع الجمعيات الدولية العاملة فى حقل القانون الجنائى (الجمعية الدولية لقانون العقوبات ، والجمعية الدولية لعلم الإجرام ، والجمعية الدولية للدفاع الاجتماعى ، والجمعية الدولية لعلم السجون) والتى قدمت تقاريرها إلى المؤتمر الدولى التاسع للأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد فى القاهرة مايو سنة ١٩٩٥ .

(Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudzari; The role of the public prosccutor in criminal justic, according to the different constitutional systems, Bolonga, 1996, p. 17).

(٢) G iuseppe Di Federico, Istituto di Ricerca sui sistemi Giudizari, op. cit., p. 17

الـدستورى الفـرنسى أن الهيئة القضـائية التى تكفل للمادة ٦٦ من الـدستور الفـرنسى احترام الحرية الفرديـة، تشمل كلا من القضاء الجالس، وقضاء النيابـة العامة[١]. إلا أن تقريـر انتماء النيابـة العامـة للسلطة القضـائية فى فـرنسا لم يحل دون اشتراط القـانون الفـرنسى عـدم جـواز اتخاذ إجـراءات جنائيـة معينـة إلا من قضـاة الحكم، وخـاصـة الجزاءات الجنائية[٢].

وفى مصر، نجد أن القرار بالقانون رقم ٤٦ لسنـة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية قد عالج شئون أعضاء النيابة العـامة أسوة بشئون القضاة. ووحد بين شروط تعيين الفئتين ودرجاتهم وطريقـة احتساب أقدميتهم، ومرتباتهم ونص على أن تأديب أعضـاء النيابة العامة أمام ذات مجلس التأديب الذى يفصل فى تأديب القضاة (المادتان ٩٨ و ١٢٧). ويحكم عليهم بنفس العقـوبـات التـأديبيـة التى يحكم بها على القضـاة (المادة ١٠٨)، ويتبع أمـام مجلس التأديب نفس القواعـد والإجـراءات المقررة لمحاكمـة هؤلاء الآخـرين (المواد من ١ إلى ١١٥).

مع ذلك فقد كان هنـاك أمران ينتقصان من الاستقلال القضائى للنيابـة العامة وهما القابلية للعزل، والتبعية الإدارية لأعضاء النيابة العامة.

فبالنسبة إلى القابلية للعزل، فإنه كـان يجوز فصل أعضاء النيابة العامة أو نقلهم إلى وظيفـة أخرى غير قضـائية بغير الطـريق التأديبى، وذلك بعـد موافقـة المجلس الأعلى للهيئات القضـائية (المادة ١٢٩/ ٤). وكـان رأينا أن مـوافقة المجلـس الأعلى للهيئات القضائية على العزل ليس ضمانا كـافيا، لأنها ليست مشروطة بأحوال معينة تكشف عن مدى جسامة مـا صدر عن عضو النيابة العامـة حتى يستحق العزل. بل إن العزل عن غير الطريق التأديبى قد يعنى أنه صدر لأسباب لا تصلح وحدها مبررا للعزل بالطريق التأديبى، ممـا يعتبر انتقـاصا لاستقـلال أعضـاء النيـابـة العامـة. هـذا إلى أن تشكيل المجلس الأعلى للهيئـات القضائيـة يضم ممثلين للهيئات «القضـائية» من غير القضـاة والنيـابـة العامـة. ولا يجوز لهؤلاء أن يبـدو آراءهم فى مسـائل تتعلق بصميم استقـلال القضاء والنيابة العامة ضمانا لصون هذا الاستقلال[٣].

وقد واجـه المشرع المصرى مشكلة الانتقـاص من استقلال أعضاء النيـابة العـامة فى

---

(١) Déc. no. 93 - 336 du 27 Janvier 1994, Recueil constit. Juris, (1994 - 1997), p. 579.

(٢) Déc. no. 95 - 360 du 2 févr. 1995, Recueil, op. cit., p 632.

(٣) انظر مؤلفنا (الشرعية والإجراءات الجنائية) طبعة ١٩٧٧ ص ١٨٤ وما بعدها.

مصر، فأكد انتماء النيابة العامة إلى السلطة القضائية، إذا أضفى على رجالها ضمانة عدم القابلية للعزل وذلك بمقتضى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية الذى تناول بالتعديل (المادة ٦٧) التى أصبحت تنص على أنه «رجال القضاء والنيابة العامة ـ عدا معاونى النيابة ـ غير قابلين للعزل . . . » ويتضح من هذا النص أن الضمانة المذكورة قد شملت رجال النيابة العامة عدا معاونى النيابة[1]، وقد شملت النائب العام فأكدت الصفة القضائية لمنصبه ومنعت عزله، وقد أعطى الحق بموجب الفقرة الثانية من (المادة ١١٩) بعد تعديلها بالقانون سالف الذكر فى أن يطلب عودته إلى العمل بالقضاء بحيث لا يضار فى أقدميته ويحتفظ له بمرتباته وبدلاته بصفة شخصية، وقد أوردت المذكرة الإيضاحية لذلك القانون فى تبرير إضفاء عدم القابلية للعزل على رجال النيابة العامة قولها «النيابة العامة شعبة أصيلة من السلطة القضائية، تضطلع بمهام قضائية فى مجال الدعوى الجنائية وتساهم فى إقرار وإرساء العدالة، لهذا كان من الضرورى إسباغ الحصانة القضائية على رجالها».

وبالنسبة إلى التبعية الإدارية للنيابة العامة، فقد نص قانون السلطة القضائية على أن أعضاء النيابة يتبعون رؤساءهم والنائب العام. وهم جميعا لا يتبعون إلا وزير العدل. وللوزير حق الرقابة والإشراف على النيابة العامة وأعضائها، وللنائب العام حق الرقابة والإشراف على جميع أعضاء النيابة، ولرؤساء النيابة حق الرقابة والإشراف على أعضاء النيابة بمحاكمهم (المادة ١٢٥). وقد أجاز قانون السلطة القضائية لوزير العدل إلى جانب النائب العام أن يوجه تنبيها لأعضاء النيابة الذين يخلون بواجباتهم إخلالا بسيطا بعد سماع أقوال عضو النيابة، ويكون التنبيه شفاهة أو كتابة (المادة ١٢٦).

وتبعية أعضاء النيابة العامة للنائب العام تتفق مع اعتبار النيابة العامة كيانا قانونيا لا ينقسم بتعدد أعضائه، وهو ما يسمى بمبدأ عدم التجزئة، فجميع أعضاء النيابة العامة وكلاء للنائب العام ويمكنهم الحلول محل بعضهم فى جميع الأعمال المسندة إليهم أو تكملتها، عدا الاختصاصات الذاتية الممنوحة للنائب العام أو المحامى العام أو رئيس النيابة حسب الأحوال. وتتلاءم هذه التبعية فقط مع وظيفة الاتهام الملقاة على عاتق النائب العام، لكى يقوم بها بنفسه أو من خلال أعوانه من أعضاء النيابة العامة. فالنيابة العامة يجب أن تباشر هذه الوظيفة وفقا لسياسية معينة يضعها النائب العام

---

(١) أورد تقرير لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشورى رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ فى تبرير استثناء معاون النيابة، أن ما يزال يخطو خطواته الباكرة فى العمل القضائى، ولم تتضح بعد أهليته للنهوض بأعباء هذا العمل الشاق.

وينفذها أعوانه[1]. إلا أن هذه التبعية لا تتفق مع سائر وظائف النيابة العامة فى القانون المصرى وهى التحقيق الابتدائى، وإصدار الأمر الجنائى[2] لأنهما مرحلتان هامتان للفصل فى مدى صحة الاتهام. وفيهما يتم فحص التهمة أو اتخاذ بعض الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية وهو أمر يتطلب لدى القائم بها استقلالا كاملا فلا يتلقى تعليمات من أحد بشأن مضمون عمله القضائى الذى يمارسه. فاستقلال النيابة العامة يفترض استقلال أعضائها فى أداء أعمالهم القضائية، لأن الرئاسة الإدارية تفسد مضمون العمل مهما تقيد نطاقها القانونى بحسن أدائه من الناحية التنظيمية. فالتبعية الرئاسية لها أثر نفسى غير محدود، وتحد من قدرة المرءوسين على الاستقلال برأيهم والنأى عن التأثر بتعليمات رؤسائهم فيما يتعلق بمضمون العمل القضائى. وكيف يتطهر المرءوسون من هذا الأثر والسلطة الإدارية للرؤساء قد تنطوى على معانى التبعية والطاعة. كما أن هذه السلطة الرئاسية تملك انتزاع التحقق الابتدائى من يد إلى يد أخرى وفقا لمشيئتها، ولهذا فإن التفتيش القضائى فى النيابة العامة عليه دور كبير فى التحقق من حياد تصرفات أعضاء النيابة العامة. ويرى البعض أن سلطة وزير العدل على أعضاء النيابة العامة قد تعرض مستقبلهم للخطر فى حالة الانحراف فى استعمال هذه السلطة[3]. ومع ذلك، فيلاحظ أن سلطة الوزير لا تمس مضمون العمل القضائى، وتقتصر على إدارة أعمال النيابة العامة وسرعة التصرف فى القضايا دون التدخل فى مضمون هذا التصرف. كما أن تمتع أعضاء النيابة العامة بضمانات موافقة مجلس القضاء الأعلى فى كل ما يمس نقلهم يحول دون خطر احتمال هذا التحكم.

---

(١) Reol Suarez Garcilopez; le ministére public en Espagne, Rev, inter de droit pénal 1963, p.91 et 92.

(٢) مع ملاحظة أن سلطة النيابة العامةفى إصدار الأوامر الجنائية لا تتفق مع اشتراط صدور حكم قضائى بالعقوبة، وهو ما سنبينه فيما بعد.

(٣) انظر رياض شمس، الحرية الشخصية، طبعة ١٩٣٤ ص ١٤.

وانظر حكم مجلس الدولة الفرنسى فى ٢٦ يونية سنة ١٩٥٢ بشأن قضية "Dorly". وكان وزير العدل الفرنسى قد أوقع جزاءا إداريا على أحد المحامين العامين لعدم مباشرته الإجراءات المقررة فى جرائم التلبس بالنسبة إلى بعض الأشخاص ولم يعارض فى الإفراج المؤقت عن بعض الأشخاص المقبوض عليهم. وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بعدم الاختصاص بالطعن فى هذا القرار لأن بحث هذا الموضوع يقتضى بالضرورة فحص الأعمال التى باشرها المحامى العام فى إطار سلطته القضائية عندما كان رئيسا للنيابة العامة وما يتعلق بسير العمل القضائى.

Revue de droit public, p.173 - 168.

ونرى أن الوزير فى هذا المثال قد تجاوز اختصاصه طالما قرر مجلس الدولة أن مبررات الجزاء الإدارى تمس سير العمل القضائى، لأن سلطة الوزير يجب أن تكون إدارية محضة ولا تتعلق بملاءمة العمل القضائى.

المبحث الثانى
حيدة القضاء

المطلب الأول
مبادئ عامة

٢٤٥ ـ ماهيته:

القضاء ميزان للعدل، وتقتضى سلامة هذا الميزان أن يكون مجردا من التأثر بالمصالح أو العواطف الشخصية(١). وقد كفل مبدأ استقلال القضاء حمايته عن التأثير الخارجى من جانب سائر سلطات الدولة لضمان عدم تأثره بغير حكم القانون.

ولكن هذا الاستقلال لا يضمن وحدة سلامة ميزان العدل ما لم يكن حكم القاضى غير خاضع لعوامل التحكم، وهو ما يسمى بالحياد. ولذلك، فإن حيدة القضاء تعتبر عنصرا مكملا لاستقلاله؛ لأنها تؤكد الثقة فى القضاء. ومن ناحية أخرى، فإن القيمة الموضوعية للقانون تتوقف على تطبيقه المحايد.

وقد حرصت المواثيق الدولية على تأكيد مبدأ حيدة القضاء، فنص عليه الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ (المادة ١٠)، العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة ١٩٦٦ (المادة ١٤)، والذى أصبح نافذ المفعول فى ٢٣ مارس سنة ١٩٧٦، والاتفاقية الأوربية الصادرة سنة ١٩٥٠ (المادة ٦). وقد أكد هذا المبدأ المؤتمر الدولى لرجال القانون المنعقد فى نيودلهى سنة ١٩٥٩ إذ قرر بأن القاضى لا يمكنه أن يعمل مطلقا بطريقة تحكمية(٢)، كما أكده كل من المؤتمرين السابع والثامن للأمم

---

(١) انظر فى الموضوع محمد عصفور، استقلال السلطة القضائية، مجلة القضاة سنة ١٩٦٨ العدد الثالث ص ٣٠٠ وما بعدها.

(٢) Commission international de juristes; Primauté de droits et droits de l'homme Gènéve, 1966, p.36.

المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، والمنعقدين فى ميلانو سنة ١٩٨٥ وكوبا سنة ١٩٩٠.

كما أكدت المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية التى أقرتها الأمم المتحدة فى ديسمبر ١٩٨٥ ضرورة أن تفصل السلطة القضائية فى المسائل المعروضة عليها دون تحيز (المبدأ الثانى)، وأنه لا يجوز عند الاختيار لشغل الوظائف القضائية إجراء التمييز على أساس العنصر أو اللون أو الجنس أو الدين أو الآراء السياسية أو غيرها من الآراء. (المبدأ العاشر)(١).

ويتوفر الحياد بوجه عام بالقدرة على التقدير والحكم على الأمور دون التحيز مسبقا لصالح أو فى غير صالح شخص معين تتعلق به هذه الأمور. واختيار القضاء لكى يكون حارسا للحريات يعتمد على صفة الحياد التى هى عماد كيانه ووجوده وحقيقته. فبالحياد يمارس القاضى إجراءاته ويضع حكمه بغض النظر عن أطراف الخصومة، لا يعتمد فى قضائه على غير ما يطرح عليه من أدلة، وعلى غير ما يقرره القانون. فميزان العدالة يهتز اهتزازا بالغًا إذا اعتمد القاضى فى حكمه على اعتبارات غير موضوعية تتعلق به أو بالخصوم أو غيرهم ــ تعاطفا أو كرها، تحيزا أو تحكما، لا على عناصر الدعوى وحكم القانون. ومن هنا، كان حياد القضاء حقا من حقوق الإنسان ومبدأ أساسيا من مبادئ القانون.

وقد تكفل قانون السلطة القضائية وقانون المرافعات بوضع الضمانات العامة لحياد القضاء فى جميع أنواع الخصومة القضائية.

ويهمنا فى هذا المقام تحديد ضمانات حيدة القضاء فى الإجراءات الجنائية، ونبدأ ببيان حياد النيابة العامة بوصفها جزءا من السلطة القضائية:

حياد النيابة العامة:

رأينا أن النيابة العامة تتمتع باستقلال القضاء، وتتمتع كذلك بحياده تأكيدا للثقة فى أعمالها بحكم وظيفتها فى الدولة القانونية، ويتطلب هذا الحياد أن تكون المصلحة العامة عماد عملها، وتكفل من خلال ذلك حماية الحقوق والحريات سواء كانت للمتهم أو للمجنى عليه. وقد أكد المؤتمر الثامن للأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة

---

(١) حقوق الإنسان ـ مجموعة صكوك دولية ــ مركز حقوق الإنسان ــ الأمم المتحدة ـ نيويورك ١٩٨٨ ص ٢٤٨.

المجرمين أن ممارسة النيابة العامة للدعوى العمومية يجب أن تكفل حماية فعالة للمواطنين ضد الجريمة، وكفالة وجود نظام محايد وعادل للعدالة الجنائية.

وقد تتطلب المصلحة العامة مراعاة الملاءمة فى رفع الدعوى الجنائية أو عدم رفعها، فهى صاحبة القرار فى هذا الشأن لا يحدوها فى ذلك غير الصالح العام[1]. وعند اتخاذ هذا القرار توفق بين أمرين، هما: الحماية الفعالة للمواطنين ضد الجريمة، وحسن إدارة نظام العدالة الجنائية. ولكى يتم تجنب الإضرار بمصالح المجنى عليه إذا ما رأت النيابة العامة عدم رفع الدعوى الجنائية اتجهت التشريعات إلى تخويله حق الطعن على هذا القرار أمام القضاء.

٢٤٦ ـ مبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائى

تتمثل ضمانات حيدة القضاء فى الإجراءات الجنائية أساسا فى توزيع وظائف القضاء الجنائى وعدم جمعها فى وظيفة واحدة. فالأصل هو الفصل بين وظائف القضاء الجنائى للحيلولة دون التحيز. وقد قيل فى هذا المعنى، إنه فى المسألة الجنائية إذا توقف كل شىء على شخص واحد يملك وحده الحق فى الاتهام وجمع الأدلة وتقديرها والفصل فيما ينسب إلى المتهم، فإنه من الواضح أن هذا الشخص يملك الإضرار بالمتهم أو الحكم لصالحه متى شاء ذلك. ومن هنا، فإن مبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائى هو ضمان لحياد القضاء الجنائى[2].

وقد اعتبر البعض الفصل بين وظائف القضاء الجنائى أشبه بالفصل بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية[3]. وواقع الأمر، فقد ذهب مونتسيكو إلى أن اعتدال السلطة مكفول بالفصل بين فروعها الثلاثة: السلطة التنفيذية، والسلطة التشريعية، وسلطة الحكم، وأن السلطة تقيد السلطة[4].

---

(١) وقد لوحظ أنه على الرغم من أن القانون الإيطالى يلزم النيابة العامة برفع الدعوى الجنائية دون مراعاة لاعتبارات الملاءمة، إلا أن النيابة العامة مارست سلطة الملاءمة فى رفع الدعوى أو عدم رفعها من الناحية العملية. انظر:

(Giuseppe Di Federico, Prosecutorial independence and the democratic requirement of accourtability in Italy (Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari, op. cit., p. 12 et s).

(٢) انظر: Damien Roets, Impartialité et justice pénale, Éditions cujas, 1997, p.41.

(٣) Pradel; Droit pénal comparé Dalloz, 1995, No.72.

(٤) انظر: Merle et Vitu, (Procédure pénale), T.2, op. cit., No.989

وقـد ذهب البعض[١] إلى استبـدال مبدأ استقـلال جهات القضـاء الجنائى بمبـدأ استقلال وظائف القضاء الجنائى، وذلك على أســاس أن أهمية هذا الاستقلال تبدو فى أن تتولى جهات متنوعة نظر ا لدعوى منعًا لشبهة التحكم أو التحيز.

ولاشك أن ضمان الحياد الكـامل للقضاء يفترض استقـلال كل جهة تبـاشر إحدى هذه الوظـائف عن الأخرى. فالنيابة العـامة تحرك الدعوى الجنـائية قبل المتهم، وتتولى وظيفة التحقيق جمع الأدلة وتقدير مدى توافرها ضد المتهم، بينما تقوم المحكمة بالبحث عن الحقيقـة المطلقة والفصل فى الـدعوى الجنـائيـة فى ضوء مـا تتوصل إليـه؛ فتقضى بـالإدانـة إذا تـوافر لـديها اليقين القضـائى، وتقضى بـالبراءة إذا تسرب إليهـا لاشك. ولاشك فى أن استقلال أداء كل من هذه الوظـائف عن الأخرى لا يكفل حياد القائمين عليها بضمان تأثرهم بموقفهم عنـد أداء وظيفة أخرى غير التى يختص بمباشرتها أصلا. هذا إلى أن استقلال هذه الوظائف يضمن رقابة كل منها على أعمال الأخرى، مما يفيد فى كشف الأخطـاء ومحاولة تفـادى العيوب. وهـو مـا يتفق مع النظر إلى القضـاء كضمان لحماية الحقوق والحريات، لأنها سوف تتعرض للخطر الجسيم إن هى تركت لتقدير جهة واحدة تركا مطلقا[٢].

وفى نطاق نظام التحـرى والتنقيب فى العصور الوسطى لم يكن معروفـا مبدأ الفصل بين وظـائف القضـاء الجنـائى، فقد كـان القاضـى يملك تحريك الدعـوى الجنائيـة فى أحوال التلبس أو بناء على شكوى أو بلاغ المجنى عليه. وفى هذه الحالة، يقوم القاضى من تلقاء نفســه بدور الادعاء، تطبيقـا لمبدأ مقرر فى هـذا النظام هو أن (كل قـاض هو مدع عام). ففى القانون الفرنسى القديم كان القاضى يباشر التحقيق الابتدائى فى ذات الـدعـوى تحت ستار الجريـة التـامـة ثم يفصل فى الـدعوى بنـاء على التحقيق الـذى يجريه[٣]. فإذا نظـره قـاض آخـر، فإنه يبنى حكمـه بعـد الاطـلاع على أعمال التحقيق الابتدائى التى تعكس بطبيعة الحال الموقف المتحيز لقاضى التحقيق على طلبات الادعاء والمجنى عليه وسماع أقوال المتهم[٢].

---

(١) Rassat, Procédure pénale, PUF, 2 ème éd., 1995, No.29.

(٢) انظر: Thierry Renaux, op. cit., p.423.

(٣) وكان يسمى هنا القاضى الذى يجمع بين التحقيق والاتهام.
Le lieutenant criminel.

(٢) انظر:
C. Bergoignance - Espen, La separation des fonctions de justice repressive; Travaux et recherches de l'université de droit, de l'économie et de sciences sociales de Paris, P.U.F., 1973, pp. 13 et14.

٢٤٧ - القيمة الدستورية لمبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائى

لم يحسم المجلس الدستورى فى فرنسا هذه المشكلة صراحة، إلا أنه أكد أن مبدأ احترام حقوق الدفاع ــ الذى يعتبر من المبادئ الدستورية ــ يتضمن الفصل بين السلطات القائمة على الدعوى الجنائية وسلطات الحكم، لأن الفصل بين كل من هذه السلطات يؤدى إلى حماية الحريات الفردية(١).

ومن ناحية أخرى، فقد ذهبت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان إلى وجود تطابق شبه كامل بين المحكمة المحايدة وبين احترام الفصل بين السلطات، أو بعبارة أخرى، بين الحياد الإيجابى والحياد المتعلق بالبناء الشكلى للسلطة "Structurelle"(٢).

وذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تأكيد عدم جواز الجمع بين وظيفة الاتهام ووظيفة الحكم تأسيسا على المادة ٦ من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، وعلى أن من حق أى شخص أن يحاكم أمام محكمة مستقلة ومحايدة وهو ما لم يتوافر إذا اشترك فى الحكم قاض مارس فى الدعوى عملان من أعمال النيابة العامة(٣).

وفى مصر، أكدت المحكمة الدستورية العليا أن مبدأ الفصل بين وظائف القضاء يرتكز على مبدأ حياد القضاء، فقضت بعدم دستورية نص المادة ٢٥ من قانون تنظيم هيئة قضايا الدولة الصادر بالقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ الذى سمح لرئيس هيئة قضايا الدولة أن يرأس لجنة التأديب والتظلمات رغم اختصاصه بطلب رفع الدعوى من وزير العدل تأسيسا على أنه لا يجوز لجهة التحقيق ولا لسلطة الاتهام، أن تتصل بالجهة القضائية التى عهد إليها المشرع بمهمة الفصل فى الخصومة التأديبية، فلا يباشر عملا فيها متى كان قائما بالتحقيق الذى أفضى إليها. ضمانا لحيدتها وتوافر الأسس الموضوعية لقراراتها(٤).

---

(١) Déc. No. 95 - 360 Dc. T.O. 7 Fév. 1995, p.2098, 5e cons.

(٢) انظر: Koering - Joulin "La notion européenne de tribunal indépendant et impartial" au sens de l'article 6 - 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme, Rev. Sc. Criim. 1990, pp. 765 et s., pp.77 et s.

(٣) Crim. 26 Avr. 1990, Bull. No.162.

(٤) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ مارس سنة ١٩٩٨ (العدد ١٢).

ويسرى هـذا المبدأ بطبيعـة الحال على القضاء الجنـائى، وخاصـة مع ما قضت بـه المحكمة الدستورية العليا من توافر معنى العقوبة فى الجزاء التأديبى .

وهذا الذى قضت به المحكمة الدستورية العليا بشأن القيمة الدستورية لمبدأ الفصل بين كل من جهتى التحقيق والاتهام، وبين جهة الحكم من ناحيـة أخرى، يتفق مع ما سبق أن قرره المجلس الدستورى الفـرنسى فى هذا الشأن، رغم اختلاف تأصيل المبدأ، فبينها أسسته المحكمة الدستورية العليا فى مصر على مبدأ حياد القضاء، أسسه المجلس الدستورى الفرنسى على حقوق الدفاع .

وفيما يلى نعرض لمظاهر الفصل بين وظائف القضاء الجنائى .

المطلب الثـــانى
الفصل بين وظيفتى الاتهام والتحقيق الابتدائى

٢٤٨ـ مدى حتمـية مرحلـــة التحقيـق الابتدائى

لعل المشكلـة الأولى التى يثيرها هـذا الموضوع هى فى مـدى حتمية مرحلـة التحقيق الابتدائى لضمان الحرية الشخصية فى الإجـراءات الجنائية . وذهب البعض (١) بأن هذه المرحلـة التى نشأت مع نظام التحـرى والتنقيب ، ساهمت بكل تأكيـد فى تحسين ضمان حقوق المتهم ، وأن قـاضى التحقيق ـ بكل مـا يملكه من استقلال وحيـاد ـ يهيمن على الإجراءات السابقة على المحاكمة فهو الذى يجمع الأدلة ، وهو الذى يحيل الدعوى أمام المحكمة أو يأمر بألا وجه لإقامة الدعـوى فى ضوء تقييمه لهذه الأدلة . هذا بالإضافة إلى أنه فى النظام الاتهامى ـ الذى يخلو من مرحلة التحقيق الابتدائى ـ يبدو الدفاع ـ وهو لا يملك السلطة الـواسعة التى يمارسها قاضى التحقيق ــ فى وضع ضعيف أمام الاتهام ، مما يثير التساؤل عن مدى أهمية مرحلة التحقيق الابتدائى كضمان أساسى فى الإجراءات الجنائية لما تتيحه هذه المرحلة من فرصة لجمع الأدلة وتحقيق دفاع المتهم .

وقد بحث المجلس الدستورى الفرنسى (٢) مدى دستورية إحالة الدعوى مباشرة إلى المحكمة ـ فى الجنح ــ دون المرور بمرحلة التحقيق الابتدائى ، وقـرر المجلس أنه إذا كان الـدستور يتطلب للمسـاس بالحريـة الشخصيـة أن يتم فقط بواسطـة قرار يصـدر من قـاضى الحكم ، فإنه لا أهميـة فى الجنح ــ أن تتوافـر مـرحلة للتحقيق الابتـدائى تسبق الحكم .

---

(١) انظر: Thierry renaux, op. cit., p.346, 437.

(٢) قرار المجلس الدستورى الفرنسى فى ١٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨٢ .
(No. 80 - 127 Dc du19 et 20 Janvier (Securité et liberté, Recueil juris. constit (1959 - 1993), p.91).

وبالنسبة إلى الدستور المصرى، فقد نصت المادة ٦٦ منه على أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى. كما نصت المادة ٤١ من الدستور على أن الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص، أو النيابة العامة. وذلك وفقا لأحكام القانون.

ومفاد ما تقدم أن الإجراء الماس بالحرية لا يكون إلا عندما يقتضى التحقيق ذلك. فالتحقيق الابتدائى مشروط بحكم الدستور عند مباشرة إجراءات ماسة بالحرية الشخصية. وطالما أنه لا عقوبة بغير حكم قضائى، فإن الضمان القضائى متوافر إذا أحيلت الدعوى للمحكمة بغير تحقيق ابتدائى. على أنه إذا كانت الإجراءات الماسة بالحرية متوقفة على مباشرة التحقيق الابتدائى، فإن هذا التحقيق فيما يحتويه من إجراءات لكشف الحقيقة يعتبر خطوة مهمة فى الخصومة الجنائية، إلا أن قانون الإجراءات الجنائية المصرى لم يتطلب أن يجرى فى هذه الخصومة تحقيق ابتدائى إلا فى مواد الجنايات دون الجنح والمخالفات؛ فللنيابة العامة أن تعتمد فى تحريك الدعوى الجنائية على محضر الاستدلالات وحده.

٢٤٩ـ مدى اشتراط أن ينهض قاض بالتحقيق الابتدائى

أما المشكلة الثانية فتدور حول مدى اشتراط أن ينهض بمرحلة التحقيق الابتدائى قاض للتحقيق لحماية الحرية الشخصية التى تمسها إجراءات التحقيق. وقد اختلفت النظم القانونية فى هذا الشأن، فاتجه البعض إلى تخويل النيابة العامة وظيفة التحقيق الابتدائى، بينما اتجه البعض الآخر إلى تخصيص قاض للتحقيق للقيام بهذه الوظيفة.

قضاء التحقيق: وقد اعتنق الاتجاه الثانى عدد من قوانين الإجراءات الجنائية مثل القانون الفرنسى [١]، والقانون الألمانى، والقانون الإيطالى.

ومع ذلك، فإن كلا من هذين الاتجاهين قد راعى فى حدود معينة بعض الاعتبارات

---

(١) قدمت لجنة الإصلاح القضائى بفرنسا برئاسة (دونديه دى فابر) مشروعا سنة ١٩٤٩ يخول النيابة العامة سلطة التحقيق الابتدائى عدا الأوامر المتعلقة بحرية المتهم وأوامر التصرف فى التحقيق فتكون من اختصاص قاضى التحقيق. وقد بررت هذا المشروع بأن إجراءات التحقيق التى تختص بها النيابة العامة =

التى يستنـد إليهـا الاتجاه العكسى. فقــد حـرص الاتجاه الأول، الـذى لا يفصل بين الوظيفتين على مراعـاة حياد المحقق فى حدود معينة. مثال ذلك، أن قـانون الإجراءات الجنائية اليابانى أوجب على النيابة العامة الرجوع إلى القاضى فى بعض الإجراءات المهمة كـالقبض والحبس الاحتياطـى (انظر المادتين ٢٠٥ و ٢١٨ من القـانـون الصادر سنة ١٩٤٨). وأيضا فإن القانون المصرى بعد أن منح النيابة العامة سلطة التحقيق الابتدائى فى مـواد الجنح طبقـا للمادة ١٩٩ إجراءات المعـدلـة بـالمرسـوم بقانـون رقم ٣٥٣ سنة ١٩٥٢، أجاز نـدب قاض لمبـاشرة التحقيق الابتدائى بقرار مـن رئيس المحكمة وذلك بناء على طلب النيـابة العـامة أو المتهم أو المدعى بـالحقوق المدنيـة. أو بناء على طلب وزير العـدل (وفى هذه الحالة يكـون قاضى التحقيق بـدرجة مستشار وتختـاره الجمعية العامـة لمحكمة الاستئنـاف) (المادتان ٦٤ و ٦٥) إجراءات. ولمحكمـة الجنايـات عند مباشرة حق التصدي طبقا للمادة ١١/ ٢٩١ إجراءات أن تنتـدب أحد أعضائها للقيام بإجراءات التحقيق، فى هـذه الحالة تسرى على العضـو المنتدب جميع الأحكـام الخاصة بقـاضى التحقيق. ويسرى هـذا النص على التصـدى الـذى تباشره الـدائرة الجنـائيـة بمحكمة النقض عند نظر الموضوع (المادتان ١٢ و١٣ إجراءات).

ومن ناحية أخـرى، فقد أوجب قانون الإجراءات مـوافقة القاضى الجزئى على اتخاذ بعض إجـراءات التحقيق وهى مـد الحبس الاحتياطى (المادة ٢٠٢)، واستئـذانـه قبل تفتيش غير المتهم أو منـزل غير منزلـه أو ضبط الخطابـات ونحوهـا فى مكاتب البريـد

= تعتبر من أعمال الضبط القضائى التى تتبع السلطة التنفيذية باعتبار أنها تختص بالمحافظة على النظام مما يخولها سطة البحث عن الـدليل وتوجيـه الاتهام. هذا بخـلاف الأوامر التى تسند إلى قضـاة التحقيق فإنها تصدر عن ضميره القضـائى. ولكن هذا المشروع لم يصمد للنقـد. فشكلت الحكومة لجنة أخـرى أخذت بنظام الفصل بين السلطتين بغض النظر عن الاعتبارات العملية التى كانت وراء المشروع. والواقع لا صحة للقول بأن إجراءات التحقيق التى تختص بها النيابة تعتبر من أعمال الضبط القضائى وأنها تنبع من واجب السلطة التنفيذية فى المحـافظة على النظام. فالتحقيق الابتدائى عمل قضائى لأنـه يبحث فى مدى صحة الادعاء، وهـذا البحث يدخـل فى صميم اختصاص السلطـة القضائيـة بوصفه مـرحلة لازمـة للفصل فى الدعوى. والعبرة فى تكييف إجراء التحقيق يكون بالنظـر إلى جوهره لا إلى صفة القائم به، فما هذا الضمان إلا ضمان لحياد ممارسة الإجراء بالنظر إلى جوهره.

وقد عبر Pierre Truck الرئيس الأول لمحكمة النقض الفرنسية قبل بلوغه السن القانونية للمعاش عن أمله فى أن يختفى قاضى التحقيق، وطـالب بأن يعهد بالتحقيق الابتدائى إلى أحـد أعضاء النيابة العـامة بشرط تعديل نظـامها حتى يصبح بمثابـة قاضٍ حقيقى يختاره المجلس الأعلى للقضـاء. وأضاف حول مطـالبته بإلغـاء نظام قـاضى التحقيق أنـه ليس مقبولا أن يعمل القضـاة قضـاةً للتحقيق. (انظر حـديثه فى مجلة الفيجارو بتاريخ ٢٨ يونية سنة ١٩٩٩).

وضبط البرقيات فى مكاتب البرق ومراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية وتسجيل المحادثات التى تجرى فى مكان خاص (المادة ٢٠٦). وأوجب عليها الرجوع إلى محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة المشورة لمد الحبس الاحتياطى مدة تزيد عما قرر للقاضى الجزئى (المادة ١٤٣). ويذكر أن المشرع المصرى قد برر إسباغ الحصانة القضائية على رجال النيابة العامة بمقتضى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكام قانون السلطة القضائية. بما أورده فى مذكرته الإيضاحية من أن النيابة العامة شعبة أصيلة من السلطة القضائية، تضطلع بمهام قضائية فى مجال الدعوى الجنائية.

أما الاتجاه الثانى الذى يقرر الفصل بين الوظيفتين فقد راعى المبررات العملية التى قد تتطلب الخروج عن هذا المبدأ. مثال ذلك، قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى، فقد خول سلطة توجيه مرحلة الاستدلالات والاشتراك فيها مباشرة. وقيل فى هذا الشأن بأنه يسلك فى الدعوى كقاضى التحقيق، لأن كلا منهما يعمل لهدف واحد وهو جمع الأدلة ووضعها فى ملف واحد أمام المحكمة، وطبقا لمبدأ حرية القاضى فى الاقتناع، فله أن يستمد اقتناعه من أى دليل [١].

ومن ناحية أخرى فإن القانون الفرنسى سمح لقاضى التحقيق أن يأمر بالتحفظ على المتهم ـ كإجراء من إجراءات الاستدلال "Garde à vue" وهو ما يملكه مأمور الضبط القضائى، والنيابة العامة من تلقاء نفسه وبدون طلب من النيابة العامة فى جرائم التلبس(المادة ٧٢). على أنه لا يملك فى هذه الحالة أن يبدأ التحقيق إلا بناء على طلب من النيابة العامة (المادة ٨٠ إجراءات)[٢]. ولم يقيد اختصاصه بالمتهم الذى طلبت النيابة العامة التحقيق معه فى الواقعة الإجرامية، بل سمح له أن يتهم غيره من والأشخاص فى حدود الواقعة التى طلب منه التحقيق فيها (المادة ٨٠/ ٣)، فالدعوى تدخل فى حوزتها بطابعها العينى in rem لا بطابعها الشخصى in personam. كما أجاز هذا القانون لغرفة الاتهام (وهى درجة ثانية لقضاء التحقيق) أن تتصدى لوقائع الأشخاص غير الذين وردوا فى طلبات النيابة العامة (المواد ٢٠١، ٢٠٢ و ٢٠٤ و٢٠٦).

والواقع من الأمر، فإن كلا من الاتجاهين السابقين قد حرص على مبدأ حياد القائم بالتحقيق الابتدائى فى حدود معينة، فلم يغفل الاتجاه القائم على إدماج وظيفتى التحقيق والاتهام فى جهة واحدة، معنى الحياد؛ بل عنى باستجلائه فى أحوال معينة

---

(١) Damien Roets, Impartialité et justice pénale, op. cit., p.92.

(٢) Juris classeur, procédure pénale, 2, art. 79 à 84.

أوجب فيها الرجوع إلى القضاء لاتخاذ بعض الإجراءات المهمة أو للرقابة على إجراءات التحقيق .

ولتأكيد معنى الحياد عند جمع الوظيفتين فى جهة واحدة وصل الأمر إلى حد إضفاء الحصانة القضائية على أعضاء النيابة العامة ، وهو ما فعله المشرع المصرى كما سلف البيان . ومن ناحية أخرى ، فإن الاتجاه القائم على الفصل بين الوظيفتين حرص على عدم إهمال الاعتبارات العملية التى تدعوى إلى تخويل وظيفة الاتهام قسطا من التحقيق الابتدائى .

ويلاحظ أن المجلس الدستورى الفرنسى قد أكد على حرية قاضى التحقيق فيما يتخذه من إجراءات حين قرر أن الرقابة التى يمارسها رئيس غرفة المشورة على عمله لا يجوز أن تنصرف إلى غير الرقابة الإدارية التى تهدف إلى تمكينه من التحقق من سلامة سير الإجراءات تجنبا لأى تأخير غير مبرر، فهذه الرقابة تنحصر فى التحقيق من حسن إدارة العدالة لتجنب التأخير غير المبرر فى التحقيق [(١)]. ولكنها لا تعطى رئيس غرفة المشورة أى وسيلة فى توجيه قاضى التحقيق نحو اختيار القرارات التى تتخذها .

وعلى هذا الأساس ، قيل بأن الوضع القضائى للقاضى يجعله أكثر قدرة على جمع الدليل وتقديره ، وأن يقرر ـ بكل ما يملكه من حياد ـ ما إذا كان المتهم يستحق الإحالة إلى المحاكمة أم لا، وبأن الحرية الشخصية سوف تتعرض للخطر إذا لم يباشر التحقيق قاض [(٢)].

وقد اعترض على هذا الرأى [(٣)] بأن جميع إجراءات التحقيق قد لا يمارسها قاضى التحقيق بنفسه ، بل قد ينـدب مأمور الضبط القضائى لاتخاذ بعضها ، كما أن تقديره للدليل ليس نهائيا ، بل يخضع لرقابة غرفة الاتهام ـ فى فرنسا ـ كما أن للمحكمة أن تقرر استكمال إجراءات التحقيق وأن تعهد إلى أحد أعضائها بالقيام بهذه المهمة . وقد رد على هذا الاعتراض بأن بعض إجراءات التحقيق مقصورة على قاضى التحقيق وحده ، وهى الإجراءات الماسة بالحرية واستجواب المتهم ولا يجوز له أن يندب غيره لاتخاذها . ومع ذلك ، فقد رأينا كيف أن المجلس الدستورى الفرنسى قد قرر بأن عدم تدخل

---

(١) Décision No.80 - 127 Dc des 19 et 20 Janvier 1981, Rec, p.15.

(٢) انظر: Merle et Vitu; Traité de droit criminel, Tome 11, 1979, No.251, p.354.

(٣) انظر: Thierry Renaux, op. cit., p.441.

قاضى التحقيق لا يـؤدى إلى عدم دستوريـة النص طالما أن تقـدير الدليل يتم بـواسطة قاضى الحكم وطالما أن أى إجراء ماس بالحرية لا يتخذه غير القاضى [١].

وواقع الأمر، أن الحماية الـدستورية للحقوق والحريات تـرتبط بالضمان القضائى كما نص عليه الـدستور. فإذا رجعنا إلى الـدستور المصرى نجـد أنه قد سـاوى بين القاضى والنيـابة العـامة فيما يتعلق بحق اتخاذ الإجـراءات الماسـة بالحريـة الشخصية كـالقبض والتفتيش والحبس أو تقييد الحريـة بأى قيد أو منع التنقل. وهو مـا يكشف فى ذاته أن الدستور لم يحتم إيجاد قاض للتحقيق. وقد تأكدت الطبيعـة القضائية للنيابة العامة فيما نصت عليه المادة ٧٠ من أنه لا تقام الدعوى الجنائيـة إلا بأمر من جهة قضائية، هو ما يعنى وصف النيابة العامة بالجهة القضائية. وقـد تأكد هذا الأمر بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ بتعديل بعض أحكـام قانون السلطة القضـائية فيما تضمنه من إسباغ الحصـانة القضـائية على أعضـاء النيـابـة العامـة (المادة ٦٧). وأيـا كان الأمـر، فإن إيجاد قـاض للتحقيق بمعنى الكلمة يعتبر بلا شك أكثر ضمانا.

قضاء الإحالة: ويـدق البحث بـالنسبـة إلى قضـاء الإحـالـة وهـو نـوع من قضـاء التحقيق. ذلك أن الأمـر بإحـالة الـدعـوى إلى المحكمة هـو تصرف فى التحقيق بـرفع الدعـوى إلى القضاء. ويفترض هذا الأمر نسبتـه إلى قاض يصدره فى حـدود سلطته فى الفصل فى الطلبـات أو المنـازعات وفقـا للقـانـون. ويتـولى القاضى من خـلال هـذه السلطات تقديـر مدلول الأدلة المستمـدة من التحقيق ومدى كفايتها لإحـالة المتهم إلى المحاكمـة. وبهذا الأمر تدخل الـدعوى فى حوزة المحكمة المحـالة إليها. إلا أنـه ضمانا لحق المتهم فى الـدفـاع يتعين تكليف المتهم بـالحضـور أمام المحكمـة من قبل النيـابـة العامـة. فهذا التكليف له دور مـزدوج: الأول هو مباشرة الاتهام، والثـانى هو ضمان حق المتهم فى الـدفاع. هـذا بخلاف أمـر الإحالـة فهو مجرد قـرار قضائى بـالتصرف فى التحقق وبه تنتقل الدعوى إلى مرحلة أخرى هى المحاكمة. وتفترض الإحالة بهذا المعنى صدور القـرار من قاض فهى بطبيعتها لا تكـون إلا بأمر قضائى. أمـا فى الأحوال التى تتولى فيها النيـابة العامة وحدهـا التحقيق - كما فى القانون المصرى — فإنها لا تصدر أمرا بالإحالة عندما تقرر رفع الـدعوى إلى المحكمة، بل تقتصر على تكليفه بالحضور. أمام المحكمة المختصة (المادة ٢١٤) إجراءات.

ونـبه إلى أنـه إذا كان الأثـر القانـونى لأمر الإحـالة — سواء كـان صادرا من قـاضى

---

(١) راجع قرار المجلس الدستورى الفرنسى فى ١٩ و ٢٠ يناير سنة ١٩٨١ سالف الذكر.

التحقيق أو من النيابة العامة ـ لا يتعدى مجرد إدخال الدعوى فى حوزة المحكمة المحالة إليها الدعـوى، ولكنه لا يمنحها الاختصاص بـالمحاكمة باعتبـار أن الاختصاص أمر يحدده القانون. ويكون من سلطة المحكمة أن تبحث مـدى اختصاصها بنظر الدعوى طبقا للقانون رغم إحالتها إليها بمقتضى أمر الإحالة.

وقد ذهبت بعض الولايـات الأمريكية إلى إسناد وظيفة الإحالـة إلى المحكمة إلى هيئة من المحلفين يطلق عليها هيئة المحلفين الكبرى"Grand jury"[1]. تمييزا لها عن هيئة المحلفين الصغرى التى تشترك فى المحاكمة. وفى هذا النظام بعد أن ينتهى القاضى من تحقيق الدعوى يحيلها ممثل الاتهام إلى هيئـة المحلفين الكبرى لكى يأمر بإحالة المتهم إلى المحكمة ويسمى أمر الإحالة المذكور بـ"Indictement" تمييزا له عن أمر الإحالة الذى يصـدره القـاضـى أو ممثل الاتهام ويسمى"Information". وتكفل هيئـة المحلفين الكبرى مـزيـدا من الضمان للمتهم فى الإشراف على الإجـراءات الجنـائيـة، وذلك لما للمحلفين فى هذا النظام من دور مهم وفعال فى المشاركة فى إصدار الحكم الجنائى[2].

على أننا نجد قانـون الإجراءات الجنائية الألمانى يستعيض عن مرحلـة الإحالة بنظام

---

(١) تتكون بوجه عام من ٢٣ عضوا، ولا يكون انعقادها صحيحا إلا بحضور ١٦ عضوا. ويجب لصدور قرار الإحالة أن يتفق عليه ١٢ عضوا على الأقل. وليس للمتهم الحق فى الحضور أمام هذه الهيئة سواء بشخصه أو بواسطة محام، وتتم مداولتها فى سرية. وتصدر قراراتها بناء على الأدلة التى يعرضها عليها ممثل الاتهام. لهيئة المحلفين الكبرى أن ترفض إحـالة المتهم إلى المحكمة إذا رأت أن هذه الأدلة غير كـافية أو أنه من غير الملائم رفع الدعوى:

Institut de droit comparé, le systéme pénal des Etats - Unies d'Amerique, Paris 1964, p.168, et 186.

(٢) وقد اتجهت بعض التشريعات إلى إسناد مهمة الإحالة فى الجنايات إلى جهة قضائية أعلى درجة من القاضى الذى باشر التحقيق. ويطلق على هذه الجهة فى القانـون الفرنسى اسم (غرفة الاتهام)، وقد روعى فى ذلك أن الجنـايات هى من أخطـر الجرائم التى تعرض المتهم بها عند محاكمتـه لأشـد العقوبـات، كما يقتضى إحاطتـه بضمانات تكفـل حماية حريتـه. ففى هـذه الحالة يتضاعـف الضمان القضائى فى الإجـراءات فلا يقتصر على مجرد مبـاشرة التحقيق، بل يمتد إلى التصرف فى الـدعوى سـواء بوضع حـد لها أو بإحالتهـا إلى المحكمة. ويتولى قضـاء الإحالة مراقبة تقـدير قضاء التحقيق لمدى كفاية الأدلـة التى تبرر إحالة المتهم إلى المحاكمة.

وقـد أخذ بنظـام قاضى الإحـالة القـانون العـراقى والسورى. أمـا القانـون اللبنانى والتـونسى فقد أسنـد الاختصاص بالإحالة إلى دائرة خاصة تسمى بالهيئـة الاتهامية ـ كما فى القانون البنانى (المادة ٢٥١) أو دائرة الاتهام ـ كما فى القانون التونسى (المادة ١٦٠) أو إلى غرفة الاتهام ـ كما فى القانون الليبى (المادة ١٨٤)، وفى القانون السـودانى تحال القضايا التى تدخل فى اختصـاص محاكم من درجة أعلى بواسطة قـاض من درجة أدنى (المادتان ١٦٢، ٢٣٧) إجراءات.

آخر مؤداه أن سلطة الاتهام تحيل القضية بعد تحقيقها بمقتضى قرار الاتهام "The charge cheet" إلى محكمة الموضوع لكى تقرر افتتاح إجراءات المحاكمة أو إيقاف الاستمرار فى الاتهام (انظر المواد من ١٩٨ إلى ٢٠٤). ويعيب هذا النظام أن محكمة الموضوع هى بذاتها التى تقرر ما إذا كان للاتهام أدلة تبرر افتتاح إجراءات المحاكمة "Order opening proceeding" أو أنها على العكس لا تكفى، بحيث يتعين معها إيقاف الاستمرار فى الاتهام. فالمحكمة بذلك تجمع بين سلطتى الإحالة والقضاء، وهما سلطتان متعارضتان لا يجوز الجمع بينهما تحقيقا للعدالة[١]، ذلك أن المحكمة حين تقرر افتتاح إجراءات المحاكمة تكون فكرة معينة عن القضية فلا يجوز بعدها الاطمئنان إلى حيدتها عند الفصل فيها[٢]. على أنه لا شبهة فى ذلك إذا اقتصرت سلطة المحكمة على التحقق لأول وهلة من جدية الاتهام، ولا بأس من أن تقرر ذلك لمصلحة المتهم.

وفى مصر، كان قانون تحقيق الجنايات الصادر سنة ١٨٨٣ يجعل التحقيق من وظيفة قاضى التحقيق، فكان له أن يأمر بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة سواء فى المخالفات أو الجنح أو الجنايات (المواد ١١٣ إلى ١١٦) ولما خولت النيابة العامة سلطة التحقيق الابتدائى صار لها أن تحيل الدعوى إلى المحكمة فى المخالفات والجنح والجنايات على السواء (المادتان ١٤ و ١٦) من دكريتو ٢٨ مايو سنة ١٨٩٥. واستمرت النيابة العامة فى مزاولة هذا الاختصاص بعد صدور قانون تحقيق الجنايات سنة ١٩٠٤ الذى أبقى للنيابة سلطة التحقيق (المادتان ٤٢ و ٤٣). ثم صدر قانون تشكيل محاكم الجنايات فى ٢١ يناير سنة ١٩٠٥ وقرر الفصل بين سلطتى النيابة العامة فى التحقيق والإحالة فى الجنايات فقط، إذ نصت المادة ٩ من هذا القانون على وجوب أن تقدم النيابة الدعوى إلى قاضى إحالة قبل تقديمها لمحكمة الجنايات. ويختص هذا القاضى إما بإحالتها إلى محكمة الجنايات أو بالتقرير بأن لا وجه لإقامتها، ثم صدر قانون الإجراءات الجنائية ١٩٩٠ فأسند التحقيق الابتدائى إلى قاضى التحقيق وأسند الإحالة فى الجنايات إلى غرفة الاتهام وهى وجهة قضائية تتكون من ثلاثة قضاة. وعلى هذا النحو ضاعف هذا القانون من فكرة الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية فى

---

(١) وبهذا المعنى أشار تقرير اللجنة الثالثة للمؤتمر الدولى للفقهاء المنعقدة فى نيودلهى سنة ١٩٥٩ لبحث قاعدة الشرعية فى المجتمع الحر.

(٢) انظر مقالنا، مستشار الإحالة، المجلة الجنائية القومية، المجلد الخامس ـ العدد الثانى سنة ١٩٦٢ ص ٢٤٢، ٢٤٣.

مواد الجنايات فلم يقتصر على مجرد جعل التحقيق من قاضى التحقيق، بل أوجب أن تكون إحالة هذا النوع من الجرائم إلى محكمة الجنايات بواسطة جهة قضائية أوفر ضمانا، ثم صدر قانون رقم ٣٥٣ سنة ١٩٥٢ الذى جعل التحقيق - بحسب الأصل - من اختصاص النيابة العامة وأبقى على غرفة الاتهام كقضاء للإحالة. وأصبحت الغرفة منذ ذلك الحين تباشر الإشراف القضائى على الإجراءات عند التصرف فى التحقيق فى الجنايات. وعلى هذا النحو أصبح قضاء الإحالة فى الجنايات يعوض بعض النقص الذى شاب القانون المصرى عندما أسند التحقيق الابتدائى إلى النيابة العامة، ثم ما لبثت بعض الصيحات أن ارتفعت لمحاولة المساس بهذا الضمان القضائى عن طريق المناداة بإلغاء غرفة الاتهام بدعوى عدم فائدتها وتعطيلها للإجراءات(١). إلا أن الرأى المعارض كان أكثر قوة وفهما لأهمية الإشراف القضائى على الإجراءات، وخاصة فى مرحلة الإحالة إلى محكمة الجنايات، فانتصرت حجته وبقى قضاء الإحالة(٢). ولكن بعض التعديل أصاب تشكيله فأصبح يتكون من مستشار للإحالة بدلا من القضاة الثلاثة الذين تتكون منهم غرفة الاتهام (القانون رقم ١٠٧ سنة ١٩٦٢). على أن محاولات إلغاء قضاء الإحالة قد أفلحت فى النهاية، وصدر القرار بقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨٠ الذى ألغى مرحلة الإحالة كلية، وجمع بين سلطة التحقيق والإحالة فى الجنايات، فأصبح للمحقق سواء أكانت النيابة العامة أم قاضى التحقيق إحالة الدعوى مباشرة إلى محكمة الجنايات. ومن حيث الملاءمة، فإننا نصر على انتقادنا لهذه السياسة الإجرائية ونرى أهمية وجود مصفاه قضائية لهذا النوع الخطير من الجرائم وهو الجنايات، وخاصة فى ظل نظام يعطى للنيابة العامة سلطة الجمع بين الاتهام والتحقيق الابتدائى، مع عدم جواز الاستئناف فى الجنايات.

---

(١) وأهم الحجج التى اعتمد عليها هذا الرأى، أن الإحصاءات قد دلت على أن عدد الجنايات التى قررت غرفة الاتهام بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية فيها لم يزد على نسبة ضئيلة جدا، وأن كثيرا من القضايا التى أحالتها غرفة الاتهام إلى محاكم الجنايات صدرت فيها أحكام بالبراءة مما يفيد أن غرفة الاتهام تتهيب التقرير بعدم وجود وجه وتؤثر ترك الدعوى الجنائية لمحكمة الجنايات، وأن الفائدة من وجود هذه الغرفة لا تتناسب مع ما يترتب عليها من تأخير الفصل فى الدعاوى.

(٢) وكان أهم حجج هذا الرأى أن أساس قضاء الإحالة هو وجود قاض يراجع التحقيق ويقدر مدى كفاية الأدلة لتقديم المتهم إلى محكمة الجنايات، وخاصة فإن قضاء هذه المحكمة لا معقب عليه من حيث الموضوع، وأن حاجة المواطنين إلى رقابة القاضى على تحصيل الدليل وتلقيه لازمة كحاجتهم إلى قيام القاضى على تقدير الدليل عند الحكم فى موضوع الدعوى، ولا يجوز الحكم على قطعة أساسية فى النظام الجنائى على أساس نسبة معينة تبرزها الإحصاءات.

المطلب الثـــالث
الفصل بين وظيفة الحكم
ووظيفتى الاتهام والتحقيق الابتدائى

لا جـدال حول التنـاقض بين وظيفتى الاتهام والتحقيق الابتـدائى من جهـة، وبين وظيفـة الحكم من جهـة أخرى. فـالفصل بين وظيفـة الحكم وكل من تلك الـوظيفتين ضمان كبير لحياد القضاء.

٢٥٠ـ الفصل بين وظيفة الحكم ووظيفة الاتهام

قررت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ فى ظل قانون تحقيق الجنايات رغم خلوه من نص يحظـر الجمع بين السلطتين(١)، وقد أكـده بعد ذلـك قانـون الإجراءات الجنـائية الفرنسى (المادة ٢٣٥). ونص قـانون الإجـراءات الجنائية المصرى صراحـة على المبدأ فى المادة ٢٤٧ التى جرت على أنه يمتنع على القاضى أن يشترك فى نظر الدعوى إذا كان قد قام «بوظيفـة النيابة العامة»، وهـذا التعبير ينصرف إلى وظيفة الاتهام وغيرها من الأعمال التى تقوم بها النيابة العامة فى مصر. وينصرف الحظر إلى عدم جواز أن يكون القاضى قد قـام فى ذات الـدعـوى التى ينظـرهـا بأى عمـل من أعمال الاتهام، مثل تكليف المتهم بالحضور أو إعلانه بقائمة الشهود، أو تقديم الطلبات إلى قاضى التحقيق. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز لعضو النيابة العامة أن يعمل قاضيا فى نفس المحكمة التى كان يمثل النيابـة أمامها طالما أنه لا ينظر أيـة دعوى سبق أن قام بشأنها بأى عمل من أعمال النيابـة العامة. ولا يجوز أن يترتب على مبـدأ عدم جـواز تجزئة النيابة العـامة

(١) انظر:
Crim., 28 Fév. 1828, Bull., 51; 5 Déc 1903, Bull., No.411; Sept. 1905, Bull., No. 445; 20 Nov. 1925, Bull., No.313.

اعتباره مساهما فى كل الدعـاوى التى أسهم فيها زملاؤه القائمون بوظيفة النيـابة العامة أمام ذات المحكمة[1].

وقد أكد المشرع هـذا المبدأ من خلال النص على عدم جواز معـاقبة المتهم عن واقعة غير التى وردت فى أمر الإحـالة أو طلب التكليف بـالحضور، وعـدم جواز الحكم على غير المتهم المقامة عليه الدعوى (المادة ٣٩٧ إجراءات مصرى).

ومع ذلك، فقـد تخرج بعض التشريعات عن هـذا المبدأ الهام خضـوعا لاعتبـارات سرعة الإجراءات. ولا أهميـة لهذا الخروج إذا اقتصر الأمر على مجرد تخويل سلطة الحكم قسطا من اختصـاصات سلطـة الاتهام طالما أنه لا يمتـد إلى حد تخويلهـا الاختصاص بالفصل فى الدعاوى التى باشر فيهـا الاتهام. مثال ذلك، ما نصت عليه المادة١١ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى من تخويل محكمـة الجنايات ومحكمة النقض عند نظر الموضوع بناء على الطعن للمرة الثانية حق التصدى بتحريك الدعوى الجنائية عن وقائع جـديدة أو متهمين جـدد (المادتان ١١ و١٢)، وعنـد وقـوع أفعال من شأنها الإخـلال بأوامـرهـا، أو بـالاحترام الواجب لها، أو التـأثير فى قضائهـا أو فى الشهـود (المادة ١٣ إجراءات) دون تخويلها أى حق فى الفصل فى موضوع هذه الدعوى[2].

وكذلك الشأن إذا وقعت جنايـة فى الجلسة، فإن رئيس المحكمة يصدر أمـرا بإحالة المتهم إلى النيابـة العامة ويأمر بالقبض عليه عنـد الاقتضاء (المادة ٢٤٤/ ٢، ٣). فى هاتين الحالتين يوجد إخلال بمبدأ الفصل بين سلطتى الاتهام والحكم، لا يصل إلى حد المساس بحياد القضـاء طالما أن المحكمة لا تملك الفصل فى الدعـوى التى باشرت فيها الاتهام[3]. إلا أنه مـراعاة لاعتبارات حفظ النظام فى الجلسـة يجوز للمحكمة إذا وقعت جنحة أو مخالفة فى الجلسة أن تقيم الدعوى على المتهم فى الحال، وتحكم فيها بعد سماع أقوال النيابة العامة ودفاع المتهم (المادة ٢٤٤/ ١ إجراءات).

(١) Crim., 17 Déc. 1964, Bull., No.343.

(٢) ويـلاحظ طبقا للمادة ١١ إجـراءات أنـه للمحكمـة فى حالـة التصـدى أن تندب أحـد أعضـائها للقيـام بإجـراءات التحقيق، وفى هـذه الحالـة تسرى على العضـو المنـدوب جميـع الأحكـام الخاصـة بقـاضى التحقيق. ويتوقف مناط اختصاص هذا العضو بالتحقيق الابتدائى على تطبيق المادة ١١ إجراءات.

(٣) وقـد رأى المشرع ذلك فى (المادة ٢٤٥) إجراءات إذ نص على مـا مؤداه إذا وقعت جـريمة من المحـامى فى الجلسة، فللمحكمـة أن تقرر إحـالة المحامى إلى النيـابة العـامة لإجـراء التحقيق ولا يجوز أن يكون رئيس الجلسة التى وقع أمامها أو أحد أعضائها عضوا فى الهيئة التى تنظر الدعوى (المادة ٢٤٥).

ومع ذلك، فقد يحدث المساس بحياد القضاء تحت ضغط الاعتبارات العملية، عن طريق تخويل المحكمة حق الفصل فى الدعوى التى باشرت فيها الاتهام. مثال ذلك، ما نصت عليه المادة ٢٤٤ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى، فقد خولت المحكمة سلطة رفع الدعوى والحكم فيها إذا وقعت جنحة أو مخالفة فى الجلسة. وأيضا فإن المادة ٣٢١ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى قد نصت على أنه إذا وقع إخلال بالنظام من أحد الحاضرين فى جلسة محكمة الجنايات يأمر رئيس المحكمة بإخراجه من الجلسة، فإذا قاوم هذا الأمر، تمت محاكمته. وقد نص مشروع قانون الإجراءات الجنائية المصرى على تخويل محكمة الجنايات ومحكمة النقض عند نظر الموضوع بناء على الطعن للمرة الثانية حق الفصل فى الدعوى فى الجنايات التى تصدت لتحريكها (المادتان ١٨ و ١٩). وهذا النص يخل بحياد المحكمة دون مبرر مقبول[1].

٢٥١- الفصل بين وظيفة الحكم ووظيفة التحقيق الابتدائى

إن الضمان الإضافى لحياد القاضى يتجلى فى منع القاضى المكلف بالفصل فى الدعوى من تكوين فكرة شخصية مسبقة عنها من خلال مباشرة أحد إجراءات التحقيق الابتدائى فيها، وقد استخلصت المحاكم الفرنسية هذا المبدأ رغم وجود نص شامل يحظر الجمع بين السلطتين[2]، إلى أن قرره القانون الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٧، وأكده قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى الجديد. فمن خلال الفصل بين الوظيفتين يمكن للقاضى أن يفصل فى الدعوى غير خاضع لتأثره الشخصى بالتحقيق الابتدائى الذى أجراه بنفسه والذى انتهى إلى إحالة الدعوى إلى المحكمة سواء قام بهذا التحقيق كله أو بعضه بأحد إجراءاته. وقد عبر القانون المصرى عن هذا المبدأ فيما قرره من أنه يمتنع على القاضى أن يشترك فى الحكم إذا كان قد أقام الدعوى بعمل من أعمال التحقيق أو الإحالة (المادة ٢٤٧/ ٢) إجراءات. وتطبيقا لهذا المبدأ، قضى بأنه لا

(١) ولا عبرة بما ساقته المذكرة الإيضاحية للمشروع من مبررات تقوم على تبسيط الإجراءات وسرعتها. فكل ذلك لا يمكن تحقيقه على حساب حياد القضاء، وهو من دعائم شرعية قانون الإجراءات الجنائية ذاته بوصفه مفترضا للضمان القضائى.

(٢) كانت (المادة ٢٥٧) من قانون تحقيق الجنايات الفرنسى تقصر ذلك على أعضاء محكمة الجنايات.

يشترط أن يكون القاضى قد أبدى رأيه فيما سبق أن أجراه من تحقيق أو لم يبد رأيا[1]. وحكم بأنه لا يجوز للقاضى أن يتولى فى الدعوى الواحدة «وظيفة» قاضى الإحالة و«وظيفة» الحكم فى الموضوع، فإن فعل ذلك يكون حكمه باطلا[2].

ولا يقوم التعارض إذا كان القاضى قد باشر فى الدعوى مجرد عمل من الأعمال الولائية أثناء التحقيق الابتدائى، مما لا ينم عن إلمامه بموضوع الدعوى أو عن مساهمته فى التحقيق[3]. مثال ذلك، الترخيص للمتهم أو للمجنى عليه أو للمدعى بالحقوق المدنية أو للمسئول عنها بالحصول على صور من أوراق التحقيق على نفقتهم طبقا للمادة ٨٤ إجراءات مصرى، أو بالأمر ببيع الشىء المضبوط، مما يتلف بمرور الزمن أو يستلزم حفظه نفقات تستغرق قيمته طبقا للمادة ١٠٩ إجراءات مصرى.

وقد لوحظ أن مبدأ الفصل بين وظيفتى الاتهام والحكم ليس مجرد ضمان لحياد القاضى فحسب، وإنما يعتبر كذلك ضمانا للأصل فى المتهم البراءة[4]. ومن ثم، فإن الفصل بين الوظيفتين ينال قيمة دستورية باعتباره نتيجة لمبدأين دستوريين، هما حياد القضاء وأصل البراءة. وننبه إلى أن المادة ٢٩٤ إجراءات قد نصت على أنه إذا تعذر تحقيق دليل أمام المحكمة جاز لها أن تندب أحد أعضائها أو قاضيا آخر لتحقيقه. ويعتبر هذا التحقيق امتدادا للتحقيق النهائى الذى تجريه المحكمة ومن ثم يخضع لمبادئه. ويقتصر على إجراء معين يتعذر على المحكمة إجراؤه مثل إجراء معاينة فى مدينة أخرى غير التى يقع فيها مقر المحكمة، أو سماع شاهد مريض فى المستشفى يتعذر حضوره للمحكمة. وهو تحقيق يختلف فى طبيعته عن التحقيق الذى يجريه عضو المحكمة المندوب للقيام به فى حالة التصدى طبقا للمادة ١١ إجراءات إذ يعتبر تحقيقا ابتدائيا يخضع للأحكام الخاصة بقاضى التحقيق، بحكم مباشرة الاتهام بواسطة المحكمة طبقا للمادة ١١/ ١ إجراءات.

ويلاحظ أن المشرع قد يخول قاضى التحقيق قسطا من وظيفة الحكم لاعتبارات

---

(١) نقض ١٦ يناير سنة ١٩٣٣، مجموعة القواعد جـ٢ رقم ٧٤ ص ١٠٥، ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ جـ٧ رقم ٧٣٢ ص ٦٩٣، ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ جـ٧ رقم ٧٤٦ ص ٧٠٤.

(٢) نقض ١٧ يناير ١٩٤٩، مجموعة القواعد جـ٧ رقم ٧٩٤ ص ٧٥٦.

(٣) فى هذا المعنى: Crim., 25 Mars 1935. Bull., No.35.

(٤) انظر: Thierry Renaux, op. cit., p.344.

عملية . مثال ذلك ، مـا نصت عليه المواد ١١٧ إلى ١٢٢ من قانون الإجـراءات الجنائية المصرى بشأن مـــا يملكـه قـاضـى التحقيق من سلطـات فى الحكم على الشهـــود عن امتناعهـم عن أداء الشهادة أو عن حلف اليمين . إلا أن ذلك لا يعتبر خروجا على مبدأ الفصل بين وظيفتى التحقيق والحكم ، لأن الفصل المنهى عنه هو الـذى يتعلق بذات الدعوى (مع وحدة الخصوم والسبب) ، وهو مـا لا ينطبق على الدعوى الخاصة بامتناع الشاهد عن الحضـور أو عن حلف اليمين ، فهى مختلفة تماما عن الـدعوى التى يحققها قاضى التحقيق سواء من حيث الخصوم أو مـن حيث السبب . وبناء على حياد قاضى الحكم يكون القاضى حرا فى اقتناعه ، ولـه أن يبنى حكمه على أى دليل يطرح أمامه فى الجلسة (المادة ٣٠٢ إجـراءات) . وللقاضى أن يعدل التهمة بـإضافة وقائع جـديدة إلى التهمة الأصلية لإعطائها الوصف القانونى الصحيح إذا كانت هذه الوقائع قد ثبتت من التحقيق الابتدائى أمام المحكمة (المادة ٣٠٨ إجراءات) .

الفصل الثـــــالث
القضــــــاء الطبيعـــــى

٢٥٢ـ تمهيد:

ظهرت فكرة القاضى الطبيعى لأول مرة فى العهد الأعظم فى إنجلترا عام ١٢١٥ ، ثم عرفت هذه الفكرة فى النصف الأول من القرن الثالث عشر فى صورة معينة ، وهى انتهاء القاضى إلى نفس طبقة المتقاضين ، فيحاكم رجال الكنيسة أمام نظرائهم من رجال الكنيسة ويحاكم الإقطاعيون أمام المحاكم الإقطاعية ، ثم ظهرت فكرة القاضى الطبيعى كأصل من أصول الدولة القانونية ، وعبر عنها الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٧٩٠ (المادة ١٧)(١) بوصفها ضمانا أساسيا للحريات .

والواقع من الأمر، فإن استقلال القضاء عن السلطتين التشريعية والتنفيذية وحياده ، يقتضيان ألا يخضع القاضى لغير القانون الذى حدد اختصاصه وولايته على الدعوى قبل وقوع الجريمة . وكل تدخل فى اختصاص القاضى بصدد دعوى معينة يعتبر اعتداء على استقلاله وحياده . وهذا التدخل قد يأتى فى شكل انتزاع الدعوى من يد قاضيها الأصيل وتخصيص قاض آخر لنظرها ، مما ينطوى حتما على مساس باستقلال القاضى الأصيل صاحب الدعوى التى انتزعت منه ، وعلى مساس آخر باستقلال وحياد القاضى غير الأصيل الذى أصبحت الدعوى من اختصاصه بطريق الافتعال . وعلة ذلك أن التدخل فى شئون القضاء على هذا النحو ينطوى على تنحية قاض عن دعواه وتخصيص آخر لهذه الدعوى . ومن ثم ، فإن مبدأ القاضى الطبيعى يكمل مبدئى استقلال القضاء وحياده . ويعتبر كذلك نتيجة منطقية لمبدأ المساواة أمام القضاء ، فإن هذه المساواة تأبى إلا أن يحاكم كل المواطنين أمام قضاء واحد هو القضاء

(١) The Review of international commission of jurists; independence of the judiciary in Italy, No. 10 (1973), p. 34.

الطبيعى. وقد عنى الدستور المصرى الجديد الصادر سنة ١٩٧١ بالنص على أن لكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى (المادة ٦٨). وفى هذا المعنى نصت المادة ٢٥ من الدستور الإيطالى (١٩٤٨) على أنه لا يجوز أن يحرم شخص من قاضيه الطبيعى الذى حدده القانون.

٢٥٣ـ الشروط الواجب توافرها فى القضاء الطبيعى

لكى يكون القضاء طبيعيا يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

١ـ إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقانون:

بيّنا أن القانون بوصفه الأداة التى تنظم استعمال الحقوق والحريات هو المصدر لقواعد الإجراءات الجنائية، ومنها قواعد التنظيم القضائى وقواعد الاختصاص، ولذلك، فإن الفرض أن تكون المحكمة المختصة بنظر الدعوى قد أنشئت وتحدد اختصاصها طبقا للقانون. فالسلطة التشريعية وحدها هى صاحبة الاختصاص فى إنشاء المحاكم. وقد نصت المادة ١٤ من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية الصادر سنة ١٩٦٦ على أن لكل فرد الحق فى محكمة مختصة ومستقلة ومحايدة قائمة استنادا إلى القانون[1]، فلا يجوز للسلطة التنفيذية أن تنشئ ـ فى غير حالة الظروف الاستثنائية ـ أية محكمة استثنائية أو أية محكمة لها اختصاص مواز للمحكمة ذات الاختصاص الأصيل. ويفترض فى المحكمة التى تختص السلطة التشريعية ـ وحدها ـ بإنشائها أن تملك الوظيفة القضائية وفقا للمعيار الموضوعى لا مجرد المعيار الشكلى. فالعبرة هى بالمهمة أو السلطة الممنوحة للجهة التى أنشئت، فإذا كان من اختصاصها فرض جزاء أو الفصل فى نزاع معين، فإنها تعتبر محكمة. ومثال ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسى من بطلان لمرسوم سنة ١٩٦٠ بإنشاء لجان إدارية تختص ـ بجانب

---

(١) تضمنت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان سنة ١٩٧٨ فى المادة الثامنة أن المحاكمة تكون أمام محكمة مختصة مستقلة غير متميزة أسست من قبل وفقا للقانون (انظر بوليونا كوكوت ـ النظام الأمريكى لحماية حقوق الإنسان ـ مقال منشور بالمجلد الثانى لحقوق الإنسان الصادر عن المعهد الدولى للدراسات العليا فى العلوم الجنائية ـ سيراكوزا ـ إيطاليا)، الطبعة الأولى، يونيو ١٩٨٩ ـ ص ٣٧٤.

اختصاصها الإدارى - بنظر أن هذه اللجان تعتبر فى حقيقتها محاكم ولا يجوز إنشاؤها إلا من السلطة التشريعية [1].

٢ـ إنشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقواعد عامة مجردة :

يجب أن يعرف سلفا كل مواطن من هو قاضيه بقواعد عامة مجردة. فلا يجوز بعد وقوع الجريمة انتزاع المتهم من قاضيه الطبيعى إلى محكمة أخرى أنشئت لدعاوى معينة دون ضوابط عامة مجردة، وذلك بإخراج هذه الدعاوى التى كانت من اختصاص المحكمة ونقلها إلى محكمة أنشئت لها خصيصا.

هذا وقد كان القضاء الفرنسى قد جرى قديما على تطبيق قواعد الاختصاص بأثر مباشر، ولو كان القانون الجديد قد نقل اختصاص المحكمة العادية إلى محكمة استثنائية[2]. وهو ما لا يجوز إلا فى حالة الطوارئ حين تنشأ محاكم استثنائية مقيدة لبعض الجرائم التى تقع أثناء هذه الحالة.

ولا محل للتحدى بأن القانون الجديد المعدل للتنظيم القضائى أو للاختصاص يستوحى أحكامه من اعتبارات حسن تنظيم العدالة، لأن هذه الاعتبارات يجب مراعاتها دون انحراف عن الغاية المشروعة من إصدار القانون. فإذا كانت المحكمة قد أنشئت أو تحدد اختصاصها بالنسبة إلى دعوى جنائية معينة، فإن القانون يكون مشوبا بعيب انحراف فى السلطة التشريعية طالما فقد طابع التجريد. كما أن إدخال جريمة معينة وقعت من قبل فى اختصاص المحكمة الجديدة يعتبر انتزاعا ضمنيا للدعوى من اختصاص المحكمة الأصلية، وهو ما يتعارض مع استقلال القضاء. ولا يكفى أن تكون العقوبات المقررة للجريمة لم يمسها التغيير فى القانون الجديد، كما لا يغير من الأمر أن تكون الإجراءات واحدة فى كلا المحكمتين؛ لأن طبيعة المحكمة واختصاصها أمر يتعلق باستقلال القضاء وحياده، وهو أمر لا يمكن التفريط فيه حماية للحريات.

---

(١) C.E, 18 Novembre 1960, Brechet, Rec. p. 639, C.E, 14 Avril 1961, Chatenay, (Thierry Reanaux, p. 284, Baribant Rec. p. 234, 285).

(٢) Levasseur; Réflexions sur la compétence. un aspect négligé du principe de la légalité (Mélanges HUGUENEY; Problémes contemporains de procédure pénale, Paris, SIREY, 1964, p.19.

أما إذا صدر قانون بتعديل اختصاص المحكمة بطريقة عامة مجردة، فإنه يسرى بطريق مباشر على جميع الدعاوى القائمة ولو كانت عن جرائم وقعت قبل العمل بالقانون. والأصل أن يستهدف القانون تحقيق المصلحة العامة من وراء هذا التعديل بأن تكون المحكمة الجديدة أو الاختصاص الجديد للمحكمة يحقق للعدالة فاعلية أكثر أو يوفر للمتهم ضمانا أكبر.

وتزول شبهة المساس بالقضاء الطبيعى إذا كان القانون الجديد قد جعل الدعوى من اختصاص المحكمة أكثر ضمانا للمتهم. ففى هذه الحالة يتأكد احترام الحريات. وقد راعى المشرع اعتبار المحكمة الأكثر ضمانا للمتهم فى الحالات التى يتعدد فيها اختصاص المحاكم بنظر جريمة واحدة، فنص فى المادة ١٨٢/ ١ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى على أنه إذا كانت الجرائم من اختصاص محاكم من درجات مختلفة تحال إلى المحكمة الأعلى درجة. فهذه المحكمة هى بلا شك الأكثر ضمانا بطريقة عامة مجردة. ومن الأمثلة التاريخية، أن الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية كانت مختصة بالفصل فى طلب إعادة النظر المرفوع من أسرة دريفوس، حتى صدر قانون فى أول مارس سنة ١٨٩٩ فخول الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض، الاختصاص بالفصل فى دعاوى إعادة النظر التى كانت من اختصاص الدائرة الجنائية [(١)]. ولاشك أن الهيئة الجديدة بحكم تشكيلها تعتبر أكثر ضمانا للمتهم بحكم كونها أكثر قدرة على احترام الحقوق والحريات. ويعتبر القاضى الجديد أصلح للمتهم إذا كان تدخله يؤدى إلى المزيد من الضمان القضائى فى الإجراءات، إما من خلال صفة القاضى (مثل كونه من القضاة المهنيين)، أو عدد القضاة، أو درجة المحكمة فى السلم القضائى، أو فتح طريق الطعن فى أحكامها أمام جهة قضائية أعلى. كل ذلك دون إخلال بالضمانات التى تتوافر للمتهم فى إجراءات المحاكمة أمام القاضى الجديد. ويراعى فى المقارنة بين القاضى القديم والقاضى الجديد مجموع ما يتميز به القاضى الجديد من الضمانات وفقا للمعايير السابقة.

ويدق البحث فى حالات الاختصاص المتوازى حين ينص القانون الجديد على

---

(١) وقد صدر هذا القانون بناء على اقتراح لجنة أنشأتها الحكومة وتتكون من ثلاثة قضاة.
انظر:
MICHEL LESAGE; Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice, These de doctorat, 1960. p. 77 et78.

اختصاص أكثر من محكمة بنظر الجريمة ـ وتكون إحداهما أقل ضمانـا من غيرها من المحاكم ـ ففى هذه الحالة تستمر المحكمة المنظـورة أمامها الدعوى فى نظرها، ولا يجوز إحالتها إلى المحكمة الأقل ضمانا.

٣ـ أن تكون المحكمة دائمة:

ويقصد بها المحكمة العادية التى أنشأها القـانون لنظر الدعوى دون قيد زمنى معين سواء تحدد هذا القيد بمدة معينة أو بظروف مـؤقتة مثل حالة الحرب أو حالة الطوارئ. فهذا النـوع من المحاكم المؤقتة لا يعتبر مـن قبيل القضاء الطبيعى إلا بالنسبـة للجرائم التى أنشئت من أجلها. أمـا الجرائم العادية فهى دائما من اختصاص المحـاكم العادية التى لا يتوقف وجودها أو اختصاصها على وقت أو ظرف معين.

ويـلاحظ أن المادة ١٩ من القرار رقم ١٦٤ سنـة ١٩٥٨ بشأن حالـة الطوارئ قـد نصت على أنه عنـد انتهاء حالة الطوارئ تظل محاكـم أمن الدولة مختصة بنظـر القضايا التى تكون محالة عليهـا. ولما كان المقصود بمحاكم أمن الـدولة فى هذا الشأن هى ذلك النوع من المحاكم المؤقتة التى تنشأ بسبب حالـة الطوارئ، لا محاكم أمن الدولة الدائمة التى نص عليها الـدستور والتى صدر بشـأنها القانون رقم ١٠٥ لسنـة ١٩٨٠، فإنه لا يجوز أن يمتد اختصـاص هذه المحـاكم بعد انتهـاء حالـة الطوارئ إلى غير الجرائم التى تنشأ بمقتضى الأوامر العسكـرية دون الجرائم العادية التى تدخـل أصلا فى اختصاص محاكم القانون العام، والتى يصدر قرار جمهورى بإحالتها إلى محكمة أمن الدولة فى حالة الطوارئ. ولا وجه للتحدى بأن رئيس الجمهوريـة قد يحيل إلى محاكم أمن الدولة بعض جرائم القانون العام وذلك لأن منـاط الاختصاص الاستثنائى لهذه المحاكم بهذه الجرائم هو قيـام حالة الطوارئ. ومتى زالت هـذه الحالة انحسر اختصاص هذه المحـاكم بقوة القانـون عن جـرائم القانون العـام لكى تعود إلى قـاضيها الطبيعـى، بخلاف الحال فى الجرائم التى تنشئها الأوامر العسكرية فإن قاضيهـا هو محاكم أمن الدولة (طوارئ) لأن حالة الطوارئ هى التى اقتضت إنشاء هـذه الجرائم فتكون من اختصاص المحاكم التى اقتضتها هذه الحالة. فما ينشأ من جرائم فى إطـار شرعية الطوارئ يكون من اختصاص المحاكم التى تنشأ فى إطار هذه الشرعية الاستثنائية.

ويلاحظ أن المبـدأ الثالث من المبـادئ الأساسية لاستقـلال السلطة القضـائية التى

أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ديسمبر سنة 1985 قد عنى بتأكيد أن «تكون للسلطة القضائية الولاية على جميع المسائل ذات الطابع القضائى، كما تنفرد بسلطة البتّ فيها إذا كانت أية مسألة معروضة عليها للفصل فيها تدخل فى نطاق اختصاصاتها حسب التعريف الوارد فى القانون». كما جرى المبدأ الخامس بأنه «لكل فرد الحق فى أن يحاكم أمام المحاكم العادية أو الهيئات القضائية التى تطبق الإجراءات القانونية المقررة، ولا يجوز إنشاء هيئات قضائية لا تطبق الإجراءات القانونية حسب الأصول الخاصة بالتدابير القضائية، بقصد نزع الولاية القضائية التى تتمتع بها المحاكم العادية، والهيئات القضائية».

وقد كان موضوع القضاء الطبيعى أحد أهم الموضوعات التى طرحت على بساط البحث فى مؤتمر العدالة الأول الذى أقامه قضاة مصر بالقاهرة فى إبريل سنة ١٩٨٦، وانتهى المؤتمر فى توصياته إلى أن «المناط فى القضاء الطبيعى أن يكون القضاء محددا وفق قواعد قانونية مجردة فى وقت سابق على نشوء الدعوى، بما مؤداه أنه يعد قضاء استثنائيا، كل قضاء ينشأ فى وقت لاحق على نشوء النزاع أو ارتكاب الجريمة، لكى ينظر فى دعوى معينة بالذات، وأن تتوافر فيه الضمانات الجوهرية التى قررها الدستور والقانون»[(١)(٢)]. ويعتبر حرمانا من حق الالتجاء إلى القاضى الطبيعى إجبار الخصوم إلى الالتجاء إلى التحكيم قسرا[(٣)].

---

(١) وفى مقدمة هذه الضمانات، أن يكون مشكلا من قضاة إخصائيين فى العمل القضائى ومتفرغين له، متوافرة فيهم شروط الاستقلال وعدم القابلية للعزل، متحققة لهم مقتضيات الحيدة والموضوعية باعتبارهم حماة الحقوق والحريات بنص (المادة ٦٥) من الدستور، ومن هذه الضمانات أيضا أن تكفل لأطراف الدعوى جميعا حقوق الدفاع وضماناته كاملة إعمالا لحكم (المادتين ٦٧ و ٦٩) من الدستور وأن يكون القانون الذى يطبقونه ملتئما مع الدستور وفى إطار من الاحترام الدولى لحقوق الإنسان وكرامة المواطن حتى تتوافر للقانون السيادة التى نص الدستور فى (المادة ٦٤) منه على أنها أساس الحكم فى الدولة. توصيات لجنة نظام القضاء ـ وثائق مؤتمر العدالة الأول ـ القاهرة ـ ١٩٨٦.

(٢) ومن بعد فقد عقدت الجمعية المصرية للقانون الجنائى مؤتمرها الأول فى القاهرة سنة ١٩٨٧، وقد انتهى المؤتمر فى تحديده لمفهوم القضاء الطبيعى إلى أنه لا يجوز أن يحرم المتهم من القضاء الطبيعى المختص وقت ارتكاب الجريمة، والقاضى الطبيعى هو من يعين طبقا لقوانين تنظيم القضاء ويتمتع بالاستقلال وعدم القابلية للعزل، ويطبّق قانون الإجراءات الجنائية. (المؤتمر الأول للجمعية المصرية للقانون الجنائى ـ القاهرة ١٩٨٧ ـ اللجنة الثالثة ـ العلاقة بين التنظيم القضائى والإجراءات الجنائية).

(٣) دستورية عليا فى ٣ يوليو سنة ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٠٤ سنة ٢٠ قضائية «دستورية». وانظر ما تقدم بند ٢٣٣.

وفى المؤتمر الثانى للجمعية المصرية للقانون الجنائى الذى عقد فى الإسكندرية سنة ١٩٨٨ بالاشتراك مع الجمعيتين الفرنسية والأمريكية لقانون العقوبات فى موضوع «حقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية»، حدد المؤتمر مفهوم القضاء الطبيعى فى قوله : « إنه القضاء الذى يتوافر له شرطان، الأول : أن يكون تعيين القاضى بالتطبيق لشروط قانون السلطة القضائية، والثانى : أن يباشر اختصاصه وفقا لقانون الإجراءات الجنائية دون استثناء، بمعنى أن يجاز الطعن فى قراراته وأحكامه بالطرق المقررة فى هذا القانون»[1]. ويلاحظ أن الشرط الثانى لا يتعلق بمفهوم القضاء الطبيعى بقدر ما يتعلق بمفهوم المحاكمة القانونية (المنصفة).

ونشير إلى أن البيان العالمى عن حقوق الإنسان فى الإسلام الصادر عن المجلس الإسلامى المنعقد فى باريس سنة ١٩٨١ قد أكد حق الفرد فى محاكمة عادلة أمام محكمة ذات طبيعة قضائية كاملة[2].

٢٥٤ـ المحاكم ذات الاختصاص الخاص

يقصد بالمحاكم ذات الاختصاص الخاص ذلك النوع من المحاكم التى يتقيد اختصاصها ببعض الجرائم أو بفئات معينة من المتهمين. وهى تقابل محاكم القانون العام التى تختص بجميع الجرائم ـ ولو كانت من نوع معين ـ وجميع المتهمين بارتكابها. ويطلق على هذا النوع من المحاكم فى فرنسا اسم المحاكم ذات الاختصاص الاستثنائى (Juridictions d'exception) تمييزا لها عن المحاكم الاستثنائية (Juridictions Exceptionnelles) [3]، والأصح أن يطلق عليها تعبير (المحاكم ذات الاختصاص الخاص) منعا للخلط بينها وبين المحاكم الاستثنائية.

وتعتبر المحاكم ذات الاختصاص الخاص نوعا من القضاء الطبيعى بالنسبة إلى المتهمين أو الجرائم التى تدخل فى اختصاصها فى غير حالة الطوارئ. ومثال هذه المحاكم فى القانون المصرى المحاكم العسكرية المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٦٦ بإصدار الأحكام العسكرية. والأصل فى اختصاص هذه المحاكم أنه يتحدد

---

(١) المؤتمر الثانى للجمعية المصرية للقانون الجنائى ـ الإسكندرية ـ ١٩٨٨.

(٢) الشافعى محمد بشير قانون حقوق الإنسان ـ ذاتيته ومصادره ـ مقال منشور بالمجلد الثانى لحقوق الإنسان ـ المرجع السابق ـ ص ٤٦ وما بعدها.

(٣) JEAN RIVERO; libertés publiques. 1973, p.135.

بناء على الصفة العسكرية سواء فى المتهمين (العسكريين والمدنيين الملحقين العسكريين بشأن جرائم القانون العام بقيود معينة) أو فى المجنى عليه أو فى مكان وقوع الجريمة. وكذلك أيضا محكمة الأحداث طبقا لقانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦، فإن اختصاصها يتحدد أصلا بصفة المتهم وهى كونه من الأطفال بالمعنى الذى حدده القانون المذكور.

وأساس هذا الاختصاص الخاص هو المصلحة العامة؛ فالصفة العسكرية تجعل المحاكم العسكرية أكثر قدرة على نظر الجرائم، وصفة الحدث تتطلب محكمة ذات تكوين خاص يفهم طبيعة الطفل.

٢٥٥ـ المحاكم الاستثنائية (غير العادية)

تشترك المحاكم الاستثنائية مع المحاكم ذات الاختصاص الخاص فى أنها تختص بنظر جرائم من نوع معين أو محاكم فئة خاصة من المتهمين. ولكنها تختلف عنها فى أنها محاكم مؤقتة بظروف معينة. ولا تنشأ عادة بالأداة التشريعية (القانون) التى تنشأ بها محاكم القانون العام. ولا تخضع لإجراءات المحاكمة العادية المقررة فى هذه المحاكم. وتشكل عادة من غير القضاة. مثال ذلك فى فرنسا المحاكم التى أنشأتها حكومة فيشى سنة ١٩٤٤، والمحاكم العسكرية التى أنشأتها أثناء حرب الجزائر[١].

ومن أمثلة هذه المحاكم فى مصر المحكمة الخاصة التى أنشأها المرسوم بقانون رقم ٣٤٤ سنة ١٩٥٢ فى شأن جريمة الغدر، ومحكمة الثورة التى أنشئت بالأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة فى ١٦ سبتمبر سنة ١٩٥٣. والوجه الاستثنائى فى هذا النوع من المحاكم واضح من طبيعة الظروف الاستثنائية التى أنشئت فيها وهى قيام ثورة ٢٣ يوليو

---

(١) وقد أنشئت محكمة عسكرية فى فرنسا بالأمر الصادر فى أول يونيو ١٩٦٢، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى فى ١٩ أكتوبر بعدم شرعية هذه المحكمة لمخالفتها للحقوق والضمانات الأساسية للدفاع. وقد اضطرت الحكومة إلى استصدار القانون رقم ٦٣ ـ ٢٣ فى ١٥ يناير سنة ١٩٦٣ الذى نص على صحة الأمر الصادر بإنشاء هذه المحكمة بأثر رجعى. وقد ألغيت جميع المحاكم العسكرية الاستثنائية بعد استقلال الجزائر (٣ يوليو سنة ١٩٦٢).
انظر:

J. RIVERO., op. cit., p.136.

سنة ١٩٥٢ ، فضلا عن الإجراءات غير العادية المتبعة أمامها سواء من حيث الاتهام أو التحقيق أو المحاكمة ، بالإضافة إلى الجرائم والعقوبات التى تختص بنظرها دون تقيد بقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات[1].

وهذه المحاكم لا تعتبر قضاء طبيعيا للمواطنين ، ومن ثم فلا يجوز إنشاؤها طبقا للشرعية الدستورية . وتعتبر محاكم أمن الدولة (طوارئ) التى تنشأ بمناسبة حالة الطوارئ محاكم استثنائية . ولا يجوز إنشاؤها إلا عند إعلان هذه الحالة فقط .

وقد أكد هذا الرأى ما نص عليه الإعلان العالمى لاستقلال القضاء فى مونتريال سنة ١٩٨٣ من عدم جواز إنشاء أية محاكم مخصصة (استثنائية) لتحل محل القضاء بمعناه الحصرى فى المحاكم . وقد نصت دساتير بلجيكا ، واليونان ، وفنلندا على عدم جواز إنشاء أية محاكم استثنائية (المواد ٩٤ و ٩١ و ٦٠ على التوالى) ، كما يقضى الدستور الإيطالى فى (المادة ١٠٢) منه بأنه «ولا يجوز أن يعين قضاة استثنائيون أو قضاة خاصون» .

---

(١) ولهذا قضت محكمة النقض بأن إنشاء محكمة الثورة وتحديد اختصاصها بالأمرين الصادرين فى ١٣ و ١٦ سبتمبر سنة ١٩٥٣ لم يصدر بها قانون أو لائحة ، بل صدرا على أنها عمل من أعمال السيادة العليا التى خص بها مجلس قيادة الثورة بمقتضى المادة الثامنة من الدستور المؤقت الصادر فى ١٠ فبراير ينة ١٩٥٣ ، ولذلك لم يتبع فى شأنها ما يتبع فى القوانين من نشر بالجريدة الرسمية . ورتبت محكمة النقض على ذلك أن الأحكام الصادرة بعقوبة جنائية من هذه المحكمة لا تسرى عليها أحكام الكتاب الأول من قانون العقوبات ، لأنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص ، ولأنه فى مجال توقيع العقوبات لا يجوز التوسع فى التفسير (نقض دائرة الأحوال الشخصية) فى ٢٣ يونية سنة ١٩٩٥ فى الطعن رقم ٣ لسنة ٢٥ قضائية .

وتختلف محكمة الثورة المنشأة طبقا للأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة فى ١٦ سبتمبر سنة ١٩٥٣ عن محكمة الثورة المنشأة طبقا للقرار بقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٦٧ بإنشاء محكمة الثورة وتحديد اختصاصها ، إذ إن هذا القرار له قوة القانون وله تنظيم الموضوعات التى نص الدستور أن يكون تنظيمها ومنها ترتيب جهات القضاء وتحديد اختصاصها . وقد قضت المحكمة العليا (التى كانت لها سلطة الرقابة على دستورية القوانين) أنه متى كان لقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٨ لسنة المطعون فيه ـ والذى صدر بناء على قانون التفويض ـ قوة القانون الصادر من السلطة التشريعية ، فإن لهذا القرار بقانون أن يتناول بالتنظيم الموضوعات التى عينها قانون التفويض الذى صدر بالاستناد إليه ولو كانت من الموضوعات التى نص الدستور على أن يكون تنظيمها بقانون ، ويدخل فى ذلك ترتيب جهات القضاء وتعيين اختصاصاتها ، ومن ثم ، فإن ما تنص عليه المادة الأولى من القرار بقانون المطعون فيه من إنشاء محكمة الثورة وتعيين اختصاص لها لا يخالف المادة ١٥٣ من الدستور.

(المحكمة العليا فى ٦ مارس سنة ١٩٧٦ فى الدعوى رقم ٨ لسنة ٥ قضائية «دستورية» ، مجموعة أحكام المحكمة العليا جـ١ ص ٣٤٦) .

٢٥٦ـ القضاء «السياسى»

إن نقطة البداية هى التأكيد على أن جميع الأفراد وجميع السلطات يخضعون للقانون، ولا يوجد أحد فوق القانون مهما علت سلطته أو ارتفع مقامه فى المجتمع. إلا أن هذا الأصل لا يحول دون الحرص عند تطبيق القانون على إقامة توازن بين كل من السلطة وتماسك المجتمع واستقراره. فإذا كان القائمون على السلطة خاضعين للقانون، فما هو الضمان فى عدم تعريضهم للكيد من جانب الأفراد بسبب ممارسة سلطتهم؟ وفى الوقت ذاته ما هو الضمان للأفراد فى حسن ممارسة السلطة وعدم الانحراف بها فى مواجهة؟ لهذا جاءت فكرة القضاء السياسى للتوفيق بين هذين الاعتبارين. ويتحدد المقصود بالقضاء السياسى بالنظر إلى طبيعة الجرائم التى يختص بنظرها (وهو معيار مادى)، وإما بالنظر إلى ولايتها (وهو معيار شكلى)، وإما بالنظر إلى المعيارين معا. وفيما يأتى نحدد المراد بالقضاء السياسى وفقا للمعيارين المذكورين.

(أ) المعيار المادى:

وفقا لهذا المعيار يتميز القضاء «السياسى» من الناحية الوظيفية بطبيعة الجرائم التى يختص بنظرها، وهى بوجه عام الجرائم التى تمس نظام الدولة السياسى سواء تعلق بشكل الحكومة أو تنظيم السلطات العامة أو الحقوق والواجبات العامة للأفراد، وتتميز بأنها تثير لدى المحكمة موضوعات سياسية تتطلب تقديرا خاصا مما يتطلب إسنادها إلى محاكم ذات مستوى خاص. فلا يقصد بالقضاء السياسى أن أعضاءه من السياسيين، وإنما يقصد به القضاء الذى يحاكم جرائم تمس النظام السياسى للدولة ولو وقعت من الأفراد، أو يحاكم نوعا من المسئولين السياسيين عما يقع من جرائم فى أثناء ممارسة وظائفهم.

وينقسم القضاء السياسى وفقا لهذا المعيار إلى نوعين: **(الأول)** ويختص بنظر الجرائم التى تقع من رجال السلطة اعتداء على نظام الدولة. ويعتبر هذا القضاء ضمانا للأفراد فى مواجهة انحراف السلطة. والمتهمون أمام هذا القضاء هم الحكام أنفسهم (رئيس الدولة والوزراء) لاتهامهم بارتكاب أفعال أو جرائم تكشف عن انحرافهم فى أداء وظائفهم. ونظرا لشخصية هؤلاء المتهمين والطبيعة الخاصة بمسئوليتهم الجنائية عن

الجرائم المسندة إليهم، فقد اتجهت الدساتير إلى محاكمتهم أمام محكمة خاصة[1]. (الثانى) يختص بنظر الجرائم التى تقع من الأفراد العاديين باعتداء على نظام الدولة السياسى. ويعتبر هذا القضاء ضمانا للسلطة فى مواجهة انحراف الأفراد. ونظرا للطابع السياسى لهذه الجرائم، فقد اتجهت بعض التشريعات إلى أن تختص بنظرها محكمة خاصة. ويتضح مما تقدم أن القضاء يكون سياسيا بالنظر إلى طبيعة الجرائم التى ينظرها.

(ب) المعيار الشكلى

وفقا لهذا المعيار تتعدد نظم القضاء السياسى من حيث. ففى النظام الأول لهذا القضاء تختص بالجرائم السياسية محكمة خاصة استثنائية تتميز عن المحاكم القضائية العادية. وقد عرف هذا النظام فى روما ثم فى القانون الجرمانى. كما عرف فى القانون

---

(١) ذهب البعض إلى أن مسئولية الوزراء ذات طابع سياسى، بناء على خضوع السلطة التنفيذية لرقابة السلطة التشريعية، مما يفيد أن مسئوليتهم ليست إلا امتدادا ونتيجة لهذه الرقابة، وخاصة أن السلطة التشريعية هى صاحبة الحق فى التقدير السياسى للأخطاء. ويرى البعض الآخر أن مسئولية الوزراء لها طابع مختلط؛ سياسى وجنائى مما يؤثر على القواعد التى تحكم هذه المسئولية.

(Robert charvin, op. cit., p.258-265).

والواقع من الأمر، فإن الطابع السياسى للمسئولية الجنائية للوزراء لا يغطى الطابع الجنائى والذى ينبعث من كونها نتيجة لارتكابهم أفعالا يعاقب عليها قانون العقوبات. وخلافا لذلك، فإن مسئولية رئيس الدولة يغلب عليها الطابع السياسى. وقد نصت دساتير الجمهوريات الثالثة والرابعة والخامسة فى فرنسا على أن تقتصر مسئولية رئيس الجمهورية على حالة (الخيانة العظمى). وقد خلا قانون العقوبات من تحديد المضمون المادى لهذه الجريمة، مما يؤكد الطابع السياسى للمسئولية عنها.

(Charvin, op. cit., p.259-265).

وقد نصت بعض الدساتير صراحة على عدم مسئولية رئيس الدولة إلا عن الخيانة العظمى مثل الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٩٥٨، وقد قيل بأن كل تقصير جسيم من جانب رئيس الجمهورية فى أداء الواجبات المكلف بها يمكن اعتباره مكونا لجريمة الخيانة العظمى، وهو ما يكشف عن الطابع السياسى لهذه المسئولية فى فرنسا.

(Pierre desmottes; De la responsabilité pénale des ministres en régime parlementaire Paris, 1968, p.257).

وينعكس الطابع السياسى لهذه المسئولية على تشكيل المحكمة المختصة بمحاكمة رئيس الدولة، وهو ما يتوافر فى أعضاء السلطة التشريعية. وتجيز بعض الدساتير محاكمة رئيس الدولة جنائيا عن الأفعال التى يعاقب عليها قانون العقوبات بعد عزله بسبب مسئوليته السياسية، كما هو الحال فى الدستور الأمريكى (المادة ١/ ٣).

الفرنسى وظل مطبقا فى العهود المظلمة للملكية الفرنسية والإقطاع الفرنسى حتى القرن الثانى عشر[1]. وقد التجأت الثورة الفرنسية إلى هذا النظام للتنكيل بخصومها السياسيين فأنشأت محاكم استثنائية تعمل باسم السلطة ومن أجلها[2].

أما النظام الثانى للقضاء السياسى فإنه يميز بين الجرائم السياسية الجسيمة وغيرها من الجرائم السياسية غير الجسيمة فيجعل الأولى من اختصاص محاكم خاصة. ويترك الثانية لاختصاص المحاكم العادية. وفى هذا النظام لا تعتبر المحكمة الخاصة جزءا من السلطة القضائية، مما لا محل لبحث طبيعتها بين جهات القضاء. ومثال ذلك محكمة العدالة فى فرنسا، والتى تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن جريمة الخيانة العظمى ومحاكمة الوزراء عما يقع من جرائم فى أثناء ممارسة وظائفهم، فهى تتكون من ٢٤ قاضيا أصليا و ١٢ قاضيا أعضاء تنتخبهم الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ من بين أعضائها (المادة ٦٧). وكانت الجرائم الأخرى التى تقع من الأفراد اعتداءً على أمن الدولة، تدخل فى اختصاص محكمة خاصة هى محكمة أمن الدولة إلى أن ألغيت سنة ١٩٨٢[3].

---

(١) MICHEL - HENRY TABRE; Justice politique libérale et justice politique marxiste) Bib-liohéque, des centres d'études supérieures spécialisées, VIL, la justice, p.150.

(٢) وقد أدى ذلك كما قال البعض إلى أن يصبح القضاء السياسى أداة للسلطة ينظر إلى المعارضة بوصفها ثورة، وإلى القضاة بوصفهم جنودا للسلطة، وإلى المتهمين بوصفهم أعداء وإلى الأحكام بوصفها معارك.
(Ropert Charvin, op. cit., p.368)

(٣) رفضت الحكومة الفرنسية اقتراحا بتعديل الدستور للنص على إنشاء محكمة أمن الدولة. ثم أصدرت قانونا بإنشاء هذه المحكمة فى سنة ١٩٦٣. وعلى هذا النحو، فإن المحكمة المذكورة لها قيمة تشريعية بحتة فى فرنسا. وكانت تعتبر نوعا من القضاء الطبيعى فى فرنسا لأن مصدرها هو القانون، ولأنها تتميز بالدوام ويغلب عليها التشكيل القضائى. وقد ألغيت هذه المحكمة بالقانون الصادر فى ٤ أغسطس سنة ١٩٨١ ونقل اختصاصها إلى المحاكم العادية مع الإبقاء على محاكم دائمة للقوات المسلحة تختص بالخيانة العظمى والجاسوسية وغيرها من جرائم المساس بالدفاع الوطنى إذا توافر خطر إفشاء أحد أسرار الدفاع الوطنى، ثم ما لبث أن ألغيت هذه المحاكم بالقانون الصادر فى ٢١ يوليو سنة ١٩٨٢.
(CHARVIN, op. cit., p.409).
وقد انتقد كثير من أعضاء البرلمان وبشدة فكرة إنشاء محكمة أمن الدولة وإجراءاتها فقد رأوا فيها وسيلة يمكن أن تستخدمها الحكومة للتقليل - بطريقة حسنة - من المعارضة السياسية وادعوا أن السلطة القضائية الجديدة سوف تجهز على النتائج التى أتى بها قرن من الجهود ومن النضال المتواصل من أجل حماية وتدعيم الحريات الفردية. وعلى عكس ذلك أكد وزير العدل للجمعية الوطنية أن النصوص المقترحة إنما هى مجموعة الأحكام التى تمنع - إلى حد كبير - من التقليد الفرنسى المتحرر وذهب المؤيدون للحكومة إلى القول بأن السلطة القضائية أو المحكمة الجديدة إنما هى محكمة للقانون العام. =

وكذلك الشأن فى إنجلترا، فإن مجلس اللوردات ينعقد كمحكمة عليا للنظر فى الجرائم التى يحيلها عليه مجلس العموم.

وبالنسبة إلى النظام الثالث للقضاء السياسى، فإن جميع الجرائم السياسية على اختلاف جسامتها تدخل فى اختصاص المحاكم العادية. وهذا هو النظام المطبق فى الدولة الأنجلوسكسونية. وكان يطبقه أيضا الاتحاد السوفيتى مع ملاحظة أن التنظيم القضائي السوفيتى كان يتميز بالطابع السياسى[1].

وفى مصر اقتضت ظروف ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ إنشاء محاكم استثنائية هى محكمة الثورة [2] ومحكمة الغدر[3]. ثم أصبحت محاكم أمن الدولة العليا التى تنشأ بمناسبة إعلان حالة الطوارئ تختص أيضا بنظر الجرائم التى تقع من الأفراد وهى محاكم موقوتة بهذه الحالة. وفى سنة ١٩٦٧ أعيد إنشاء محكمة الثورة بالقرار بقانون رقم ٤٨ سنة ١٩٦٧ للنظر فيما يحيله عليه رئيس الجمهورية من الدعاوى المتعلقة بارتكاب جرائم ذات طابع سياسى[4]، إلى أن جاء الدستور الجديد فى سبتمبر سنة ١٩٧١ فأضفى قيمة دستورية على الطابع القضائى للمحاكم التى نظر جرائم المساس بأمن الدولة، إذ نص فى الفصل الخاص بالسلطة القضائية على أن ينظم القانون ترتيب محاكم أمن الدولة ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولون القضاء فيها (المادة ١٧). وعلى هذا النحو فإن محاكم أمن الدولة (الدائمة) أصبحت جزءا من السلطة القضائية بنص الدستور، وقد أنشأ المشرع المصرى هذه المحاكم بمقتضى القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠. وبمقتضى المادة الأولى من هذا القانون يجوز أن يضم إلى عضوية هذه المحكمة عضوا من ضباط القوات المسلحة بالقضاء العسكرى برتبة

= انظر:

Vitu, Une nouvelle juridiction d'éxception, la cour de sûreté l'Etat, Rev. Sc. crim. 1964, p.1.

ونتيجة للانتقادات التى تعرضت لها هذه المحكمة فقد تم إلغاؤها عام ١٩٨١، بعد فوز الحزب الاشتراكى فى الانتخابات وتولى الرئيس فرنسوا ميتران السلطة. وقد كان إلغاء هذه المحكمة ضمن البرنامج الانتخابى لهذا الحزب.

(١) MICHEL - HENRY TABRE, op. cit., p.155.

(٢) أنشئت طبقا للأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة بتاريخ ١٣ سبتمبر ١٩٥٣.

(٣) أنشئت طبقا للمرسوم بقانون رقم ٣٤٤ سنة ١٩٥٢.

(٤) وقد حددت بأنها هى الجرائم المنصوص عليها فى الكتاب الثانى من قانون العقوبات أو فى قانون الأحكام العسكرية أو أية جريمة تمس سلامة الدولة داخليا أو خارجيا أيا كان القانون الذى ينص عليها وكذلك الأفعال التى تعتبر ضد المبادئ التى قامت عليها الثورة. انظر ما تقدم بند ٢٤٩.

عميد على الأقل، وقد أجاز القانون الطعن فى أحكامها أمام محكمة النقض، أما محكمة أمن الدولة الجزئية فتشكل من قاض ويجوز الطعن فى أحكامها كالشأن بالنسبة لمحاكم الجنح الجزئية العادية[١].

٢٥٧ـ النظام الإجرائى لمحاكمة الوزراء

يدق البحث حول النظام الإجرائى لمحاكمة الوزراء عما يرتكبون من جرائم فى أثناء تأدية وظيفتهم.

وإذا نظرنا إلى فرنسا نجد أنه منذ عهد الجمهورية الثالثة (١٨٧٥ ـ ١٩٤٠) تحدد النظام الإجرائى لمحاكمة الوزراء وفقا لدعامتين: (الأولى) هى الاتهام، ويباشره مجلس النواب. (الثانية) هى المحاكمة، ويباشرها مجلس الشيوخ الذى ينعقد بوصفه محكمة عليا للعدالة. إلا أن محاكمة الوزراء لم تنعقد فقط أمام هذه المحكمة، بل أجيز للنيابة العامة توجيه الاتهام للوزراء أمام المحاكم العادية[٢]. وفى عهد الجمهورية الرابعة الذى بدأ بدستور ١٩٤٦ تم العدول عن صيغة اعتبار مجلس الشيوخ محكمة عليا، وشكلت هذه المحكمة من أعضاء منتخبين من البرلمان، واقتصرت سلطة الاتهام على البرلمان وحده. وتقرر اعتبار هذه المحكمة الجهة الوحيدة المختصة بمحاكمة أعضاء الحكومة عما ينسب إليهم من جنايات أو تهم[٣]. وفى الجمهورية الخامسة التى بدأت منذ دستور ١٩٥٨ شكلت المحكمة العليا للعدالة من عدد متساوٍ من أعضاء الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ منتخبين من المجلسين، وتختص هذه المحكمة وحدها دون غيرها بمحاكمة أعضاء الحكومة عن الجنايات والجنح التى تقع منهم فى أثناء ممارستهم وظيفتهم. إلا أن توجيه الاتهام إليهم يكون بقرار صادر من المجلسين معا. إلا أنه

---

(١) نادينا قبل إنشاء محاكم أمن الدولة بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠، بأنه يجب على المشرع عند إنشائها الالتزام بالإجراءات المتبعة فى المحاكم القضائية، وخاصة فيما يتعلق بتشكيلها القضائى البحت وطرق الطعن فى أحكامها. (الشرعية والإجراءات الجنائية ـ طبعة سنة ١٩٧٧ ص ٢١٢).

(٢) وقد لاحظ العميد جورج فيدل أن فكرة القضاء السياسى تجلت بوضوح فى هذا النظام، إذ نظرت هذه المحكمة أفعالا لا تخضع لوصف التجريم فى قانون العقوبات، وطبقت عقوبات لم ترد فى هذا القانون.

(G. Vedel; La poursuite des infractions commises par les ministres endroit Français, centre d'études constitutionnelles et administratiyes, La responsabilite pénale des ministres Fédéraux, communautaires et Régionaux, Bruylant, 1997, p. 32).

(٣) G. Vedel, op. cit., p. 34.

لوحظ صعوبة توافر النصاب الكافى الذى يسمح بتوجيه الاتهام فى هذه الحالة، مما يؤدى إلى سريان ميعاد التقادم على الدعوى الجنائية، ولهذا تم تعديل الدستور الفرنسى سنة ١٩٩٣ وعدل عن تسييس قرار الاتهام، وأسند الاختصاص بفحص ما يرد ضد الوزراء من شكاوى إلى لجنة تسمى بلجنة العرائض، تتكون من سبعة أعضاء: ثلاثة أعضاء من محكمة النقض، وعضوين من مجلس الدولة، وعضوين من هيئة المحاسبات. وتختص هذه اللجنة بفحص كافة ما يرد من شكاوى ضد الوزراء وتقييم ما يترتب على هذا الفحص من إجراءات. فإذا رأت جدية الشكوى أحالتها إلى النائب العام لدى محكمة النقض لكى يوجه الاتهام بشأنها، وذلك بإحالتها إلى «لجنة التحقيق» التى تشكل من قضاة، وتبت هذه اللجنة فى موضوع الإحالة إلى محكمة العدل العليا. وللنائب العام لدى محكمة النقض من تلقاء نفسه أن يطلب التحقيق من هذه اللجنة دون حاجة إلى إحالة الطلب إليه من لجنة العرائض، إلا أنه فى هذه الحالة يلتزم بالحصول على إذن مسبق من هذه اللجنة.

ووفقا لما تقدم يلاحظ أنه منذ التعديل الدستورى سنة ١٩٩٣ لم يصبح اتهام الوزراء فى أيدى البرلمان (سواء الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ ولا أية جهة سياسية أخرى)، إلا أن مرحلة الحكم بقيت فى أيدى البرلمان من خلال المحكمة العليا للعدالة، والمشكَّلة غالبيتها من أعضاء البرلمان[١].

وفى إيطاليا، مر القضاء السياسى بثلاثة مراحل؛ ففى المرحلة الأولى (١٨٦١ - ١٩٤٣) كان اتهام الوزراء حقا لمجلس النواب، وكانت المحاكمة من اختصاص مجلس الشيوخ وحده دون المحاكم العادية. وفى المرحلة الثانية (١٩٤٨ - ١٩٨٩) كان الاتهام بيد أعضاء البرلمان، يقررونه فى جلسة مشتركة (من مجلسى النواب والشيوخ) وكانت المحاكمة تتم أمام المحكمة الدستورية بهيئة خاصة تتكون من أعضاء المحكمة الخمسة عشر بالإضافة إلى ستة عشر عضوا ينتخبهم البرلمان فى جلسته المشتركة من بين الأفراد الذين تتوافر فيهم شروط الترشيح لعضوية مجلس الشيوخ. وفى المرحلة الثالثة (التى بدأت عام ١٩٨٩) اقتصر اختصاص المحكمة الدستورية على نظر الاتهامات الموجهة

---

(١) وقد لوحظ أن التعديل الدستورى لسنة ١٩٩٣ قد اختار حلا توفيقيا، بالنظر إلى أن رجال السياسة كانوا يأملون فى دور أكبر فى مرحلة الاتهام وأن رجال القضاء كانوا يأملون فى دور أكبر فى مرحلة الحكم. ولوحظ أيضا أنه وفقا للبروتوكول السابع الذى أضيف إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فإن قرارات لجنة التحقيق، وكذا أحكام المحكمة العليا للعدالة، يمكن أن تكون محلا للطعن بالنقض.

G. Vedel, op. cit., p. 37.

إلى رئيس الجمهورية، دون الاتهامات الموجهة للوزراء، فقد أصبحت المحاكمة عنها من اختصاص القضاء العادى. وأنشئ جهاز قضائى يختص بالإذن بتوجيه الاتهام، ولهذا الجهاز أن يرفض الإذن بالمحاكمة إذا تبين أن المتهم قد سلك مسلكه بقصد حماية مصلحة دستورية للدولة أو من خلال تحقيق مصلحة عامة عليا فى أثناء ممارسته وظيفته الحكومية. وعلى هذا النحو أصبح العمل من أجل الدولة «Raison d'Etat» سببا يحول دون المحاكمة؛ مما مؤداه أن رفض توجيه الإذن بالمحاكمة يعنى استبعاد وقوع الجريمة فى حق الوزير المتهم(١).

وفى مصر كان القرار بقانون رقم ٧٩ سنة ١٩٥٨ بإصدار قانون محاكمة الوزراء فى (الإقليمين المصرى والسورى) (فى زمن الوحدة) يسند الاختصاص بمحاكمة الوزراء إلى محكمة قضائية تشكل من بعض مستشارى محكمة النقض فى مصر وبعض مستشارى محكمة التميز فى سوريا. وقد سقط النص الخاص بتشكيل هذه المحكمة بانتهاء الوحدة بين مصر وسوريا. ولهذا فإن محاكم القانون العام هى صاحبة الولاية لمحاكمة جميع المتهمين مهما كانت صفاتهم عن الجرائم التى يعاقب عليها قانون العقوبات، ولا يحول دون ذلك أن الدستور قد جعل محاكمة الوزراء عن الجرائم التى تقع منهم أثناء تأدية أعمال وظيفتهم أو بسببها أمام محكمة خاصة. وذلك لأن مناط حجب اختصاص محاكم القانون العام عن بعض الجرائم يكون عند تحديد المحكمة التى نقل إليها وحدها هذا الاختصاص المحجوب، وهو ما يتوقف على إنشائها قانونا. أما قبل ذلك فإن ولاية هذه المحاكم تمتد إلى الناس جميعا تطبيقا لمبدأ المساواة أمام القانون. وفى هذه الحالة يجوز للنيابة العامة حق تحريك الدعوى الجنائية على الوزراء أمام المحاكم الجنائية العادية ولو عن جرائم وقعت فى أثناء تأدية وظيفتهم. فالمادة ٥٩/ ١ من الدستور قد أعطت لرئيس الجمهورية ولمجلس الشعب حق إحالة الوزير إلى المحاكمة عما يقع منه من جرائم فى أثناء تأدية وظيفته أو بسببها، ولكنها لم تجعل هذه الإحالة مقصورة عليهما فقط. وخلافا لذلك كانت المادة ٦٦ من الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٢٣ تنص على أن لمجلس النواب (وحده) حق اتهام الوزراء عما يقع منهم من الجرائم فى تأدية وظائفهم وحينئذ لم تكن النيابة العامة تملك أى اختصاص فى هذا الشأن لا أمام

---

(١) Alessandro Pizzorusso; La procédure pénale pour infractions des ministres en droit Itaiens, Centre d'études constitutionnelles et administratives, La responsabilité pénale des ministres Fédéraux, communautaires et Régionaux, Bruylant, 1997, pp. 46, 47.

المحـاكم العاديـة ولا أمام مجلس الأحكـام المخصوص الـذى كان هـو الجهة المختصـة بمحاكمة الوزراء[1].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن قانون محاكمة الوزراء رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨ أو أى تشريع آخر قد جاء خلوًا من أى نص بإفراد المحكمة العليا دون غيرها بالاختصاص ولائيـا بنظر الجرائم التى يـرتكبها الـوزراء أثناء تأديـة وظيفتهم أو بسببها ، وأن محاكمـة الوزير عما يقع منه من جرائم سـواء تلك التى نص عليها القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٥٨ أو غيرها تختص بها أصلا المحاكم العادية بحسبانها صاحبة الولاية العامة ، أما المحكمة الخاصة التى نص عليهـا القانون سالف الـذكر، فإنها تشاركها فى اختصـاصها دون أن تسلبها إياه[2]. وقـد قضت محكمة النقض بأن «لفظ الـوزير الـوارد فى المادة الأولى من القـانـون رقم ٧٩ لسنـة ١٩٥٨ ، إنما ينصرف لغـة ودلالـة إلى من يشغل منصب وزيـر بالفعل بحسبـانه عضوا فى التنظيم السيـاسى الذى يتكون منـه مجلس الوزراء»[3]، مما مؤداه أن الموظف العـام الذى تكـون معاملتـه المالية مماثلـة للمعاملـة المقررة للـوزير لا يخضع لإجراءات محاكمـة الوزراء[4]. والعبرة فى تحديـد وصف الوزيـر بـوقت ارتكابـه الجريمة[5].

ونرى وجوب تعديـل القانون لكى تكون المحكمة الخاصة بمحـاكمة الوزراء مختصة وحدهـا دون غيرها بمحـاكمتهم تقديـرا للطابع الخاص بمسئوليتهـم والذى يجمع بين الطابع الجنائى والطابع السياسى .

وفى هذا المعنى قضت محكمة الثورة فى مصر بـأنه إذا كانت (المادة ١٤١) من دستور سنة ١٩٦٤ قد فوضت المشرع فى تعيين الهيئة المختصة بمحاكمة الوزراء ، فإنها لم توجب إجراء المحاكمـة أمام هيئة واحدة بذاتها بحيث يكـون الاختصاص مقصورا عليها دون سواهـا ، أى أن الدستور قد أطلـق للمشرع سلطة تعيين هذه الهيئة ولم يقيـد سلطته فى هذا الصدد .

---

(١) على زكى العرابى ، المبـادئ الأساسية للتحقيقـات والإجراءات الجنائية ، جـ ١ طبعة ١٩٤٠ رقم ٧٨ ص ٦٣ .

(٢) نقض ٢١ يونية سنة ١٩٧٩ مجموعة الأحكام س ٣٠ رقم ١٥٣ ص ٧٢٢ .

(٣) GARRAUD, op. cit., T.3, No.944.

(٤) نقض ٢١ يونية سنة ١٩٧٩ سالف الذكر.

(٥) انظر الدكتور محمود نجيب حسنى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، طبعة ١٩٩٨ بند ٧٧٤ ، ص ٦٨٨ .

الباب الثالث

المحاكمة المنصفة

الفصل الأول

نظام المحاكمة المنصفة

٢٥٨ـ تمهيد

أكدت المحكمة الدستورية العليا أن قواعد ضوابط المحاكمة المنصفة، نظام متكامل يتوخى بأسسه صون كرامة الإنسان، وحماية حقوقه الأساسية، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها، ولضمان تقيد الدولة عند مباشرتها لسلطاتها فى مجال فرض العقوبة بالأغراض النهائية للسياسة العقابية التى ينافيها أن تكون إدانة المتهم هدفا مقصودا لذاته ـ وجوب التزام هذه القواعد مجموعة من القيم تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التى لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها، ويندرج تحتها أصل البراءة التى حرص الدستور على إبرازها فى المادة ٦٧ منه [(١)].

ويتقيد القاضى باتباع هذه الضمانات فى كل ما يتخذه من إجراءات. وتتوقف مشروعية أعماله على هذا المسلك.

وإذا كان القاضى فى سبيل تحقيق العدالة الجنائية مكلفا بالوصول إلى الحقيقة لضمان تطبيق قانون العقوبات وتعويض المضرور من الجريمة، فإنه لا يجوز أن يسعى إلى

---

(١) دستورية عليا فى ٢ فبراير سنة ١٩٩٢، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الثانى) قاعدة رقم ٢١ ص ١٦٥.

الوصول إلى هذه الحقيقة إلا من خلال إجراءات قـانونية (منصفة). والقاضى فى إدارته للدليل أو فى تقديره لقبول الدليل مقيد بمراعاة ما تتطلبه هذه المحاكمة من ضمانات.

ومن هنـا يتضح أن نظام المحـاكمة المنصفـة يعتمد على دعـامتين: (الأولى) تتصل بالهدف من المحاكمة. (الثانية) تتصل بالضمانات التى تجعل المحاكمة منصفة.

٢٥٩ـ الهدف من المحاكمة المنصفة

أ ـ أهمية كشف حقيقة الواقعة: يتوقف إقرار حق الدولة فى العقاب على ثبوت وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم. وهنا تكمن أهم صعوبة فى عمل القاضى، فليس صحيحا أن القاعـدة القانـونية وحدهـا هى التى تتحكم فى تحديد مضمـون حكم القاضى، بل يلعب استخـلاص الـوقائع دورا مهما وأسـاسيـا فى تحديـد هذا المضمـون[1]. وتسهم إجراءات المحـاكمة بدور مهم فى هـذا الاستخلاص. ولذلك لابـد وأن يتوخى التنظيم الإجرائى كشف واقعة الدعوى بمعناها المادى الواقعى(La verité matérielle) ويتحقق ذلك من خلال إجراءات الإثبات المختلفـة التى تهيئ جمع الدليل. ويختلف نطاق هذه الإجراءات بـاختلاف مضمـون حق الدولـة فى العقاب. ففـى النظام التقليـدى الذى ينحصر فيه مضمون هذه السلطة على معنى الإيلام المقصود دون اعتبار لشخصية الجانى عند تقدير العقوبة فإن إجراءات الإثبات لا تتوخى غير كشف حقيقة الجريمة فقط.

أمـا فى النظام الحديث على اختـلاف اتجاهـاتـه، فإن مضمون حق العقـاب يـرتبط بشخصية المجرم، ولذلك فإن الحقيقـة المطلوب إثباتها ليست مجرد حقيقة الجريمة وإنما الحقيقة الإجرامية(la verité criminologique)، فبقدر هذه الحقيقـة سوف تتحدد الشخصية الإجرامية الاجتماعية، ونوع الجزاء الجانى على والمعاملة العقابية الملائمين لها.

ب ـ المقصود بحقيقة الواقعة: تتضاعف أهمية كشف الحقيقة فى الخصومة الجنائية بالنظر إلى تعلقهـا بحق العقاب وهـو أمر يمس حـريـة المتهم، ولذلك فإن القـاضى

---

(١) قال سانت تـوماس الإكوينى (Saint-thomas d'Aquin) إنـه إذا كان من الممكن التعـرف على القواعـد القانونية بوجـه عام، فإنه أكثر صعوبة التعرف على موضـوع القضية، لأن العمل القضائى الأكثر فى عدم تحديده يشمل الوقائع.

انظر: C. Jauffrct-Spinosi, L'élaboration de la décision de justic-presentation (Juges et jugemts: L'europc- L'elaboration de la décision de justice en droit comparé, Paris, 1998, p. 11.

الجنائى يجب أن يصل إلى معرفة الحقيقة، دون الاكتفاء بما يقدمه الخصوم من أدلة، بل عليه أن يقوم بدور إيجابى فى جمع الدليل وفحصه وتقديره، على أن القاضى لا يهيم فى فراغ عند البحث عن الحقيقة، بل يبحث عنها فى إطار النموذج القانونى للجريمة والمسئولية الجنائية عنها. ولا يجوز للقاضى فى هذا المقام الاقتصاد فى جمع الدليل بهدف الإسراع فى المحاكمة، لأن ذلك ربما يحول دون إنارة الطريق أمامه للوصول إلى الحقيقة. على أن فاعلية العدالة الجنائية بالوصول إلى الحقيقة لا تسمح له باتباع إجراءات تحمى ضمانات هذه الفاعلية بغير احترام ضمانات حق المتهم فى الحرية. وبغير احترام ضمانات الأدلة التى يجمعها أو تعرض عليه لا تكون صالحة فى كشف الحقيقة ما لم يكن تحصيلها ثمرة إجراءات مشروعة.

والحقيقة المقصودة هنا هى الحقيقة الحقة "verité vraié"، وليست الحقيقة النسبية أو المفترضة. وذلك لأن الحقيقة التى تنتهى بالإدانة يجب أن تبنى على اقتناع يقينى بصحة ما تنبنى عليه من وقائع. فالحقيقة لا يمكن توافرها إلا باليقين التام لا بمجرد الظن والاحتمال (١). وبعبارة أخرى، فإن اليقين هو مناط الحقيقة القضائية، وهو الذى يولد فى الوقت ذاته الثقة فى حكم القضاء. واليقين القضائى ليس هو اليقين الشخصى للقاضى وحده، بل هو اليقين الذى يفرض نفسه على القاضى وعلى جميع من يتطلعون بالعقل والمنطق إلى أدلة الدعوى. فيجب أن تخرج الحقيقة التى تلوح فى ذهن القاضى لكى تنتشر فى ضمير الجميع، وهو ما لا يتيسر إلا إذا كان استخلاصها منطقيا. فالعدالة الجنائية هى العدالة التى تتجه إلى أن يؤمن بها الجميع.

ويستوى فى الحقيقة أن تكون فى صالح الاتهام أو فى صالح المتهم، ولذلك فإن إجراءات الكشف عن الحقيقة لا ينبغى أن تتوخى إثبات الإدانة، بقدر ما يجب أن تتسم بالموضوعية. فإذا لم تتوافر الحقيقة التى تنتهى بالإدانة أصبحنا حيال الحقيقة التى يولدها الأصل العام المبنى على قرينة براءة المتهم.

جـ - كيفية الوصول إلى الحقيقة: يتعين التمييز بين أمرين هما: قبول الدليل وإدارة الدليل:

---

(١) j. Pradel; les rapports enter l'organisation judiciaire et la procédure pénale en France, Revue international de droit pénale, 1989 p. 801.

ـ بالنسبـة إلى قبول الدليل، فإنه يتراوح بين نظـامين هما نظام الأدلة القانـونية ونظام حرية الاقتناع. أما عن نظام الأدلة القانونيـة، فقد عرف فى عهد الإمبراطورية الرومانية وفى القرون الوسطى بأوروبـا وأخذ به القانون الفرنسى القديـم. ولا يقود هذا النظام إلى الحقيقة المطلقة الـواقعية لأنه يحكم اقتناع القـاضى بأدلة قانونيـة يحددها المشرع سلفا. فلا يتم الاقتنـاع بحرية فى عمليـة منطقية، وإنما يصل القاضى إلى الاقتنـاع من خلال عملية رياضية تتوقـف على قواعد محددة يرسمها المشرع [1]. فليس للقاضى أن يبحث فى غير الأدلة التى يسمح بها القانون. ولا يجوز له عند توافر هذه الأدلة تجاهل قيمتها أو تقدير حجيتها، بل إن دوره فى هذه الحالة يتمثل فى مجرد التحقق من قيام الأدلة ومراقبة توافـرها بشروطها القانـونية لكى يقرر بعـد ذلك اقتناعه أو عـدم اقتناعه فى ضوء تـوافر الأدلة بشروطها القانونية أو عدم توافر هذه الأدلة أو شروطها. وليس للاقتناع الشخصى أى دور فى تقييم هذا الـدليل [2]. وهذا النظـام فاسد لأنه لا يكشف الحقيقـة المطلقة الواقعية المتعلقة بالجريمة ولا الحقيقة الإجرامية المتعلقة بشخص مرتكبها.

أما نظام حرية القاضى فى الاقتناع، فإن القاضى يقدر بحرية قيمة الدليل، ولا يملى عليه المشرع أية حجيـة معينة للدليل ولا يقيده بالاقتنـاع إلا من خلال أدلة محددة، بل على القاضى أن يبحث عن الأدلة اللازمة ثم يقدرها فى حرية تامة. على أن هذا التقدير الحر يجب ألا يصل إلى حد التحكم الكامل، فاقتناع القاضى يجب أن يخضع دائما للعقل والمنطق. ولا يمكن ولا يجوز أن يعنى مبدأ الاقتناع الذاتى للقاضى أكثر من ذلك.

ولا يصح أن يكـون معنـاه إطـلاق حـريـة القـاضى فى أن يحل محل أدلـة الإثبـات تخميناته ومحض تصوراته الشخصية مهما كانت وجاهتها. فإن حرية التثبت أمر يختلف عن التحكم. فـالتثبت الحر يعنى أن القاضى حـر فى تقييم أدلة الإثبـات دون قيد غير واجبه القضائى، وليس معناه أن يقضى بما يشـاء فهذا هو التحكم بعينه. وبهذا النظام الثانى أخذ القانون المصرى، فنص فى (المادة ٣٠٢) إجراءات على أن: «يحكم القاضى

---

(١) انظر نقض أول مـارس سنة ١٩٦٥، ٢٨ يونيـة سنة ١٩٦٥، ١٩ أكتـوبر سنة ١٩٦٥، ١٩ نـوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة الأحكـام س ١٦ رقم ٣٩، ١٢٧، ١٥٩، ص ١٧٩، ٧٢٤، ٨٣٣. وقد قضت محكمة النقض بأن الإدانة بنـاء على مجرد الشك فى صحة الدفـاع تتنافى مع مـا يجب من عدم إقامـة الإدانة إلا على أساس يقينى (نقض ١٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد ج ٦ رقم ٤٥٦ ص ٥٩٣).

(٢) انظر: ALY RACHED; De l'intime conviction du juge, thése, Paris, 1942, pp. 23 et s.

فى الدعـوى حسب العقيدة التى تكـونت لديه بكـامل حريتـه». وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض بقولها بأن لمحكمة الموضوع «أن تستخلص صورة الواقعة كما ارتسمت فى وجدانها بطريق الاستنتاج والاستقراء وكافة الممكنات العقلية مادام ذلك سليما متفقا مع حكم العقل والمنطق»(١).

وقد أخذ بـذلك أيضا القانون الفرنسى (المادة ٤٢٧ إجـراءات) والقانون البلجيكى (المادة ١٥٤) من قانـون تحقيق الجنايـات، والقانون الإيطـالى (المادة ١٨٩ إجراءات). وهناك تشريعـات حددت قائمـة بالأدلة مثل القـانون الهولندى (المادة ٣٣٩) والقـانون الألمانى (المواد ٤٨ و ٧١ و ٧٢ و ٨٦ و ٩٢ و ٨٥ و ٢٤٩ و ٢٥٦)، إلا أن القضـــاء استقر على حرية القاضى فى جمع الدليل وتقديره(٢). على أن حرية القاضى فى الاقتناع مقيـدة باحترام شروط شرعيـة الدليل، فـلا يقبل الـدليل الذى يكـون ثمرة إجـراء غير مشروع. وقد أوضحت الحلقة التمهيدية للمؤتمر الدولى الخامس عشر لقانون العقوبات المنعقدة بإسبـانيا فى مايـو سنة ١٩٩٢ عن حـركة تطويـر التشريعات الإجرائيـة وحماية حقوق الإنسان بأن سـائر الأدلة التى تجمع بالمخالفة لحق أسـاسى تعتبر باطلة ولا يجوز الاعتماد عليها فى أية حالة كانت عليها الإجراءات.

- وبالنسبة إلى إدارة الدليل، فإنها تتـوقف على تحديد كيفية مباشرة الإجراءات المؤدية إلى الدليل سواء كان دليلا قوليـا (مثل سؤال المتهم أو استجوابه، وشهادة الشهود)، أو دليلا ماديا يتمثل فى القرائن التى تستخلص معنى مجهولا من شىء معلوم (مثل المعاينة والتفتيش وتسجيل المحـادثـات الشخصيـة ومـراقبـة المكـالمات التليفـونيـة وضبط المراسلات)، أو دليلا فنيا يحدد المدلول الفنى لبعض القرائن (أى الخبرة) فيكشف مثلا مـا إذا كان الشىء المضبـوط يعتبر مخدرا، أو يحدد نوع فصيلـة الـدم، أو مدى تطـابق بصمـة المتهم مع البصمـة المضبوطـة فى مكـان الحادث. وفى هذا الصـدد فإن مبـاشرة الإجراءات الجنـائية تتـوقف على النظام الإجرائى الجنـائى، والذى يتراوح مـا بين نظام التحرى والتنقيب، والنظام الاتهامى، ففى النظام الأول تتولى جهة التحقيق جمع الأدلة

---

(١) قضاء مستقر لمحكمـة النقض المصرية نقض ٧ مارس سنة ١٩٩٦ مجموعة الأحكام س ١٧ رقم ٥٣ ص ٢٢٦، ٥ يونيو سنة ١٩٦٧ س ١٨ رقم ١٥٥ ص ٧٧١. ونقض فرنسى مثاله.

Crim., 18 Mars, 1956, bull. No. 83

(٢) J. Pradel, Rapport général, Revue inter, de droit pénal, 1992, p. 18 et 19.

بنفسها بعيدا عن الخصوم، بينما فى النظام الثانى يتولى الخصوم أنفسهم تقديم الدليل. وبجانب هذين النظامين يوجد النظام المختلط والذى يجمع بين النظامين فيكون جمع الأدلة بواسطة جهة التحقيق وقاضى الحكم، بالإضافة إلى الخصوم الذين يحق لهم تقديم ما يشاءون من الأدلة.

د ـ استخلاص حقيقة الواقعة: إذا لم تكن هناك غير حقيقة واحدة بالنسبة إلى القانون، فإن تحديد حقيقة الواقعة يتوقف على عدة عناصر، منها النظام الإجرائى الذى يحكم جمع الدليل أو إدارته، والتكوين المهنى للقضاة وتأثيره فى استيعاب الوقائع واستخلاصهم، والمنطق القانونى الذى يأخذ به القاضى والذى قد يختلف من نظام قانونى إلى آخر، بالإضافة إلى الانتماء الحضارى والثقافى للقاضى. فما القاضى إلا شخص يملك معرفة وثقافة قانونيتين وإنسانيتين، ويعتنق قيما معينة فى ضوء الحضارة التى ينتمى إليها. ومن هنا، يكمن سبب اختلاف القضاة فى استخلاص الوقائع وتقدير اليقين القضائى. ويبدو هذا الاختلاف بوضوح فى النظم القانونية المختلفة التى تختلف فى نظمها الإجرائية وفى جذورها الحضارية(١).

٢٦٠ـ خصائص الضمانات فى المحاكمة المنصفة

إذا نظرنا إلى الدستور الأمريكى، نجد أنه قد عبر عن هذه الضمانات بشرط الوسائل القانونية "Due Process". وقد نص على هذا الشرط التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى، وهو ما يوفر شرط المحاكمة القانونية أو المنصفة. وقد انحصر الجدل حول ما إذا كان هذا التعديل الدستورى ينصرف إلى جميع ضمانات حقوق الإنسان أم يقتصر على جانب منها فقط(٢).

وقد ذهب الاتجاه التقليدى للمحكمة العليا منذ القرن التاسع عشر إلى أن بعض الحقوق (الأساسية) للحرية والعدالة، هى وحدها الحقوق اللازمة للمحاكمة المنصفة (fair trial) وهى التى تتمتع بالقيمة الدستورية. وتأكد هذا الاتجاه فى القرن العشرين على يد القضاة (Cardozo, Franafurter, Harlan, Powell). على أنه اعتبارا من

(١) انظر: Camille Jauffret-Spinosi, op. cit., pp. 13, 14.

(٢) Genald Gunther, Individuel rights in constitutional law, 5 édition, 1992, p.82 - 92.

سنة ١٩٤٠ ظهر اتجاه معاكس تزعمه القاضى بلاك الذى أصر على أن التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى يحمى جميع الضمانات الخاصة بإعلان الحقوق . (The Bill of Rights)، وانتقد غموض اصطلاح القانون الطبيعى الذى استند إليه أغلبية قضاة المحكمة لحماية بعض الحقوق الأساسية للفرد وليس كلها . واستمر الخلاف بين الاتجاهين إلى أن حسمت أغلبية قضاة المحكمة العليا الأمريكية الأمر واعتنقت معيار (الحقوق الأساسية) الذى أدمج معظم الحقوق الواردة فى الإعلان الأمريكى لحقوق الإنسان فى نطاق الحماية الدستورية التى قررها التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى ، ورفض اتجاه القاضى بلاك إلى دمج كل هذه الحقوق فى إطار الحماية الدستورية .

والواقع أن المحكمة العليا الأمريكية قد أخذت بمعيار حقوق الإنسان ، فى تحديد المقصود بالحقوق الأساسية . إلا أن التطبيق العملى أدى إلى تقريب الخلاف بين الاتجاهين ، فقد تبينت المحكمة العليا الأمريكية أن كل الحقوق الواردة فى إعلان حقوق الإنسان ـ الأمريكية ـ تعتبر فى الغالب من (الحقوق الأساسية) وتتمتع بالحماية الدستورية . وهى نتيجة توصلت إليها المحكمة بالتطبيق على كل حالة بمفردها دون اللجوء إلى أسلوب التعميم الذى كان قد نادى به القاضى بلاك [١]. وهذه النتيجة لها أبعادها المهمة ، لأن التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى ترجع أهميته إلى سريانه على جميع الولايات الأمريكية ولا يقتصر على النطاق الفيدرالى وحده . وقد استخدمت المحكمة العليا عدة معايير لمعرفة ما إذا كان الحق الذى يعتبر احترامه فى إطار شرط الوسائل القانونية Due Process الذى يحميه التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكى أو لا، وانصرف الاتجاه إلى الأخذ بمعيار (المبادئ الأساسية للحرية والعدالة التى تعتبر أساسا لكل المؤسسات المدنية والسياسية [٢]) .

وفى فرنسا استقر المجلس الدستورى الفرنسى اعتبارا من عام ١٩٧٠ على أنه يعتبر

---

(١) قضت المحكمة العليا سنة ١٩٠٨ فى قضية (Twening V. New jersey (211 U.S. 78 أنه من الممكن أن بعض الحقوق الشخصية التى تحميها التعديلات الثمانية الأولى للدستور الأمريكى لها طبيعة تجعلها محمية أيضا تحت شرط الوسائل القانونية Due Process الذى نص عليه التعديل الرابع عشر للدستور، فتسرى بذلك على الولايات الأمريكية .

(٢) Duncsn V. louisiana, 391 US. 145 (1968).

مندمجا فى الدستور الفرنسى مجموعة المبادئ العامة التى تتضمنها النصوص المشار إليها فى ديباجة الدستور الفرنسى الصادر سنة ١٩٥٨ (إعلان حقوق الإنسان سنة ١٧٨٩ ومقدمة دستور ١٩٤٦ التى أشارت إلى المبادئ الأساسية المعترف بها فى قوانين الجمهورية). وقصد بهذه المبادئ الحقوق والحريات التى تؤكدها القواعد العامة [(١)]. وبهذا اعتنق المجلس الدستورى معيارا موسعا للقواعد التى يرجع إليها لاعتبار النصوص التشريعية مخالفة للدستور[(٢)] فى مقام تحديد مدلول الحرية الشخصية.

ومن خلال هذا المعيار الواسع، استطاع المجلس الدستورى أن يستخلص ضمانات المحاكمة القانونية أو المنصفة التى تعتبر لازمة لأصل البراءة. وكان أهمها حقوق الدفاع، فقد أكد المجلس الدستورى أن حقوق الدفاع (تستخلص من المبادئ الأساسية المعترف بها فى قوانين الجمهورية)، ولها قيمة دستورية [(٣)]. وقرر بأنه لا يجوز تطبيق القانون ما لم يضمن هذا القانون حقوق الدفاع [(٤)].

وفى مصر استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر على استعمال تعبير المحاكمة المنصفة بدلا من تعبير المحاكمة القانونية الذى استعمله الدستور المصرى (المادة ٦٧)، متأثرا فى ذلك بذات التعبير الذى استخدمه الإعلان العالمى لحقوق الإنسان. وبالنسبة لمعيار المحاكمة المنصفة، فقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنه ينصرف إلى مجموعة من الضمانات الأساسية التى تكفل بتكاملها مفهوما للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمول بها فى الدول المتحضرة. فهى بذلك تتصل بتشكيل المحكمة وقواعد تنظيمها وطبيعة القواعد الإجرائية المعمول بها أمامها وكيفية تطبيقها من الناحية العملية. كما أنها تعتبر فى النطاق الجنائى وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التى قضى الدستور فى المادة ٤١ منه بأنها من الحقوق الطبيعية التى لا يجوز الإخلال بها أو تقييدها بالمخالفة لأحكامه، فلا يجوز بالتالى تفسير هذه

---

(١) انظر:

Raport français, Droit costitutionnel et droit de l'homme, op. cit.,p.263.

François luchaire, la protection constitutionnelle des droits et des libertés, op. vit., p.31.

وانظر قرار المجلس الدستورى الفرنسى الصادر فى ١٦ يولية ١٩٧١.

(٢) François luchaire, op. cit., p.38.

(٣) Cc. 21 et 20 Janvier 1981, p.308.

(٤) Cc., 2 déc. 1976, p.39.

القاعدة تفسيرا ضيقا، إذ هى ضمان مبدئى لرد العدوان عن حقوق الفرد وحريته الأساسية، وهى التى تكفل تمتعه بها فى إطار من الفرص المتكافئة . . . وتتمثل ضوابط المحاكمة المنصفة فى مجموعة من القواعد المبدئية التى تعكس مضامينها نظاما متكامل الملامح يتوخى بالأسس التى يقوم عليها صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية . . يتعين أن تلتزم هذه القواعد مجموعة من القيم التى تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية التى لا يجوز النزول عنها أو الانتقاص منها . . . »[(١)].

وواضح من هذا القضاء أن ضمانات المحاكمة المنصفة فى نظر المحكمة الدستورية العليا تتميز بثلاث خصائص هى :

(١) توخى الأسس التى يقوم عليها صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه «الأساسية»، أى الحقوق التى يحميها الدستور.

(٢) الصلة بالحرية الشخصية .

(٣) اعتمادها على قيم تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية .

وهذه العناصر الثلاثة تؤكد أن المحاكمة المنصفة لابد أن تكفل الضمانات الدستورية للحقوق والحريات، وخاصة ما يتعلق بالحرية الشخصية، وما يكفل حقوق المتهم . ويلاحظ أن المحكمة الدستورية العليا قد جرت عبارات أحكامها على ما مؤداه أن المحاكمة المنصفة تحتوى على مجموعة من الضمانات الأساسية التى تكفل بتكاملها مفهوما للعدالة يتفق بوجه عام مع المقاييس المعاصرة المعمولة بها فى الدول المتحضرة . وهو ما يشير إلى الربط بين مفهوم العدالة وضمانات هذه المحاكمة .

ويرتبط مفهوم العدالة الجنائية بالكشف عن الحقيقة وهى أمر لابد أن يعتمد إثباته على دليل مشروع، أى دليل يستخلص من إجراءات تحترم فيها ضمانات المحاكمة المنصفة . ومن ثم، فإن هناك ربطا وثيقا بين الحقيقة التى تتوخى المحكمة الوصول إليها، وبين ضمانات المحاكمة المنصفة . فما المقصود بالحقيقة التى تتوخاها المحاكمة من خلال ضمانات المحاكمة المنصفة؟

---

(١) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٢، فى القضية رقم ٢٠ لسنة ١٠ قضائية، وفى هذا المعنى دستورية عليا فى ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد ٤ فى ٢٣ مارس سنة ١٩٩٢، ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية، «دستورية».

٢٦١ـ تحديد الضمانات فى المحاكمة المنصفة

تتحدد ضمانات المحاكمة المنصفة فى ضوء إطار دستورى يحكمه مبدآن هامان ؛ هما مبدأ المساواة، ومبدأ حماية الحرية الشخصية . فالمبدأ الأول له طابع أفقى يسرى على كل من الحقوق والحريات . والمبدأ الثانى يبرز جوهر الخصيصتين الأولى والثانية من ضمانات المحاكمة المنصفة كما استخلصتها المحكمة الدستورية العليا .

وفى إطار هذين المبدأين تنقسم ضمانات المحاكمة المنصفة إلى نوعين :

(١) نوع يحكم ممارسة الدعوى أمام المحكمة .

(٢) نوع يتعلق بفاعلية الضمان القضائى الجنائى . ويتمثل فى الرقابة القضائية على احترام ضمانات المحاكمة المنصفة التى كفلها المشرع تطبيقا للدستور.

وفيما يلى نبحث الإطار الدستورى لضمانات المحاكمة المنصفة ، ثم نبحث بعد ذلك هذين النوعين من الضمانات .

الفصل الثانى
المبادئ الدستورية لضمانات
المحاكمة المنصفة

المحاكمة المنصفة ضمان دستورى مركب يعتمد على مجموعة من المبادئ الدستورية التى توفر عددا من الضمانات تتمثل فى : أصل البراءة فى المتهم (المادة ٦٧ من الدستور)، وحقوق الدفاع (المادتان ٦٧/ ١ و ٦٩/ ١ من الدستور)، والضمان القضائى فى المحاكمة الجنائية (المادتان ٦٨ و٧٠ من الدستور)، ولا عقوبة بغير حكم قضائى (المادة ٦٦ من الدستور)، وعلانة إجراءات المحاكمة (المادة ١٦٩ من الدستور) وسرعة الفصل فى الدعوى (المادة ٦٨/ ١ من الدستور)، والمساواة أمام القضاء (المادة ٤٠ من الدستور)، وحماية الحرية الشخصية (المواد ٤١ و٤٢ و٤٤ و٤٥ و٥٧ و٧١ من الدستور). هذا بالإضافة إلى ضمانات أخرى يمكن استخلاصها من الضمانات السابقة.

وقد أوضحنا فيما تقدم ضمان الأصل فى المتهم البراءة، والضمان القضائى وما يتعلق به من ضمانات. وفيما يلى نبين المبادئ الدستورية للمحاكمة المنصفة، والتى تؤسس على مبادئ المساواة، واحترام الحرية الشخصية، واحترام حق الدفاع.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن ضمانات المحاكمة المنصفة تمتد إلى كل خصومة قضائية، أيا كانت طبيعة موضوعها جنائيا كان أو مدنيا أو تأديبيا[1]، وأن هذه الضمانات تعتبر أكثر لزوما فى الدعوى الجنائية[2].

---

(١) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨، فى القضية رقم ١٦٢ لسنة ١٩ قضائية، الجريدة الرسمية العدد رقم ١٢ فى ١٩ مارس سنة ١٩٩٨، ٥ ديسمبر سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٨٣ لسنة ٢٠ قضائية «دستورية»، العدد رقم (٥٠ تابع) فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٩٨، ٣ إبريل ١٩٩٩ فى القضية رقم ١٣٣ لسنة١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد رقم ١٥ فى ١٥ إبريل سنة ١٩٩٩.

(٢) دستورية عليا فى ٢ فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ المجلد الأول ص ١٨٥.

المبحث الأول
مبـــدأ المســـاواة

٢٦٢ـ المساواة أمام القضاء

بينا فيها تقدم المقصـود بمبدأ المساواة فى مقام تحديـد نطاق الحماية الجنائيـة للحقوق والحريات[١]. وفيها يأتى ندرس أحد تطبيقات هذا المبدأ لتقرير محاكمة جنائية منصفة. وقد عنى إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩، فنص فى المادة ٦/ ٣ منه على أن القانون يجب أن يكون واحدًا للجميع سواء عنـدما يحمى أو عندما يعاقب. ولما كان القضاء هو الذى يطبق حماية القانون، وهو الذى يطبق العقوبات، فقد استخلص مبدأ المسـاواة أمام القضاء ــ ومنــه القضـاء الجنائى ــ من هذا النص [٢]. ويسمى فى القضاء الجنائى بمبدأ مساواة الخصوم فى الأسلحة "L'égalité des armes".

وقد عنى المجلس الـدستورى الفـرنسى بالتأكيد على أن مبـدأ المساواة أمـام القضاء الذى ينـدمج فى مبدأ المسـاواة أمام القانـون يشير إلى أن هذا المبـدأ الأخير يعتبر كلا لا يتجزأ. ولهذا لا يعتبر مبدأ المسـاواة أمام القضاء امتدادا لمبدأ المساواة أمـام القانون، بل يعتبر مجرد تعبير عن هذا المبدأ الأخير فى مجال معين؛ هو القضاء[٣].

٢٦٣ـ مبدأ المساواة فى الأسلحة (أمام القضاء الجنائى)

يعتبر مبدأ المساواة أمام القضاء عنصرا فى مبـدأ المساواة أمام القانون، ومن ثم يسرى

---

(١) انظر ما تقدم بند ٣٢ وما بعده.

(٢) كان النص بوجه عام على المساواة أمـام القضاء الجنائى رد فعل للممارسات الخاطئة التى كانت تتم فى ظل النظام القديم. وقد أكد المجلس الدستورى الفرنسى فى قرارين له التفسير المعطى للمادة ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن بشأن المساواة أمام القضاء الجنائى.

Décision No. 75 - 56 du 23 Juillet 1975, Recueil jur. const. (1959 - 1993), p.32.

Décision No. 80 - 125 du 19 Décembre 1980, Recueil jur. const., p.88.

(٣) Ferdinand Mélin - Soucramanien, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, op. cit., p.95.

عليها كل ما يسرى من قـواعد تتعلق بالمساواة أمـام القانون. ويدق الأمر بـوجه خاص بالنسبة إلى هـذه المساواة، لأنها تتطلب خضوع الأشخاص المتماثلين فى المراكز القـانونية أمام القضاء لقواعد و إجراءات واحدة.

ويتجلى ضابط المسـاواة فى المحاكمة المنصفة فى تمتـع أصحاب المراكز القانـونية أى أطراف الدعوى الجنائية بذات الحقـوق والحريات. فمتى حرم أحدهم من هذه الحقوق والحريات التى كفلها الدستور، بينما تمتع بها الآخر، كان النص القانونى الذى أقام هذا التمييـز مخالفا لمبدأ المساواة فضـلا عن مخالفته للحقـوق والحريات التى أهـدرها هـذا النص. وهو مـا يطلق عليه ــ كما بينا من قبل ــ مبدأ المسـاواة فى الأسلحة "L'égalité des armes". ولا تعنى المسـاواة فى الأسلحـة أن يحدد النص حق الـدفاع فى ممـارسـة حقوقه، بل يجب أن يشتمل على تمكينه من هـذا الحق بالقدر الضرورى الذى يتفق مع المقتضيـات العامـة للمحاكمـة المنصفة. وتطبيقـا لهذا المبدأ، قضت محكمـة النقض الفـرنسيـة بنقض حكم قضى بقبـول استئنـاف النـائب العـام لحكم فى مخالفـة (المادة ٥٤٦/ ١ من قـانون الإجراءات الجنـائية الفـرنسى)، بينما أنه وفقـا لهذا النص لا يتمتع المتهم بذات الحق فى هذا الاستئنـاف. وقد أشارت المحكمة الدستـورية العليا فى مصر إلى المساواة فى الأسلحة، فقالت فى أحد أحكامها بعدم جواز الإخلال فى إطار المحاكمة المنصفة (بضمانة الدفاع التى تتكافأ للخصوم معها أسلحتها eguality of armes)[(١)].

وقد استقـر القضاء الفرنسى على أن المسـاواة فى الأسلحة تتطلب أن تكـون المساواة معقولـة وليست مسـاواة رياضية لا تتحقـق فيها المصلحة العـامة. وبنـاء على ذلك، قضى بأنه لا يجوز للمتهم أن يتمسك بالإخلال بمبدأ المساواة فى الأسلحة، على أساس أن محاميه ترافع لمدة أقل مما أتيح لمحامـى المدعى المدنى وللنيابة العامة[(٢)]، وقضى بأنه لا يعتبر إخـلالا لهذه المسـاواة رفض محكمـة الجنـايات تـوجيـه المتهم أسئلـة إلى أحـد الشهود[(٣)]، وقضى بأن رفض استدعاء سماع أحد الشهود بناء على تسبيب معقول (مثل تعـرضه للتخـويف والضغط أو الانتقـام) لا يعتبر إخلالا بـالمساواة فى الأسلحـة[(٤)]. وقضى بأن المساواة فى الأسلحة يسرى على كل طـرف فى الدعوى الجنائية سـواء كان هو

---

(١) دستـورية عليـا فى ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥ فى القضيـة رقم ٩ لسنـة ١٦ قضائيـة «دستوريـة»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٧ ص ١٠٦.

(١) Crim., 1 er Juin 1995, Bull. No. 202.

(٢) Crim., 14 Mai 1996, Bull. No. 202.

(٣) Crim., 8 Février 1990, Bull. No. 70.

المتهم أو المدعى بـالحق المدنى[1]. وحكم بأنه يعتبر إخـلالا بمبدأ المساواة تأييد غـرفة المشورة لـلأمر بحبس المتهم بعد سماع أقـوال المدعى المدنى دون سماع أقوال المتهم[2]، وحكم بأن احترام حقـوق الدفـاع ينطوى على وجـود إجراءات عـادلة ومنصفـة تكفل التوازن بين حقوق الخصوم[3].

وقد أكـد هذا المبـدأ المؤتمر الثانى عشر لقانـون العقوبات المنعقـد فى هامبـورج سنة ١٩٧٩ . فقرر بأن الدفاع يجب أن يكون طرفـا جوهريا فى الإجراءات وأن يملك وسائل فعالة لمواجهة أى ـ أو كل ـ أدلة الإثبات من الاتهام وأن يقدم ما يثبت دفاعه .

وقد أكدت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسـان بوضوح مبدأ المساواة فى الأسلحة بين المتهم والنيابة العـامة بوصفها ممثلا لـلاتهام، وأنه لا يعنى النظر إلى العلاقـة بين النيابة العامـة والمتهم بوصفها عـلاقة نزاع بينهما، وإنما يتحـدد المبدأ بالنظـر إلى المصالح التى يدافع عنها كل من الطرفين فى معظم الأحوال، مما يتطلب إعطاءها ذات الاهتمام[4].

ويلاحظ اختلاف مـركز الاتهام عن مركز الـدفاع فى أوجه مختلفة . فالـدفاع له الحق فى الإحاطة بالتهمة والوقائع التى تستند إليها وأن يستفيد من قرينة البراءة .

ومن نـاحيـة أخـرى فإن الاتهام يملك من وسـائل القـوة لاستخدامهـا ، وخـاصـة سلطات القبض أو الحبس الاحتياطى فى النظام الذى يعطى للنيابة العامة سلطة الجمع بين الاتهام والتحقيـق . كما أن المتهم يملـك الحق فى الصمت، بـل ويملك فى سبيـل تفنيـد أدلة الاتهام أن يأتى بأدلـة غير مشروعة، وهـو ما لا يملكـه الاتهام الذى يتقيـد بالأدلـة المشروعة فى أعماله، فضـلا عما يلتزم به الاتهام من مـوضوعية فى آرائه وتصرفـاته وهو ما لا يلزم بـه الدفاع . فالاتهام ليس عدوا للدفاع ، بل يجب أن يشـارك متوازنًا معه أثناء المحاكمة من أجل إثبات الحقيقة لضمان فاعليـة العدالة . وهذا التوازن يجد أساسه الدستورى فى قرينة البراءة (المادة ٦٧/ ١ من الدستور) .

ويلاحظ أن المقصـود بالمساواة هنـا هو التـوازن بين حقوق الدفـاع وحقوق الاتهام، حتى لا تتحول الإجراءات إلى وثيقة اتهام مستمرة يقف أمـامها المتهم موقف الإذعان أو

---

(١) Crim., 7 Mai 1996, Bull. No. 190.

(٢) Crim., 18 Décembre 1996, Bull. No. 476.

(٣) 89-260 Décision du 28 juillet 1989, Recueil juris. const., p. 365.

(٤) مشار إليه فى مؤلف :

Marc Verdussen Arrét Borgers du 30 octobre 1991, op. cit., p. 342, 343.

الخضـوع ، مما يعتبر منـاقضـا لأصل البراءة . ويجب أن يكون التـوازن بقـدر يحمى حق الدفاع فى مواجهة حقوق الاتهام. وتبدو هـذه الحالة ملحة فى مرحلة التحقيق فى النظام الإجرائى المصرى حيث تجمع النيابة العـامة فى يديها سلطات الاتهام والتحقيق فى وقت واحد . وإذا كـان هذا الاعتبار قد اقتضتـه المصلحة العامة إلا أنـه لا يجوز التذرع بهذه المصلحة للعدوان على حق الدفاع والمساس بـه بصورة تجعل التحقيق مرحلة مطولة من الإجراءات لصالح الاتهام[1].

وتطبيقا لهذا المبدأ، قضت المحكمة الدستوريـة العليا فى مصر بأن الدستور قد كفل حق الدفاع ، وأن الحق فى اختيار المحامى الذى يطمئن إليه الموكل ويثق فيه يلعب دورا متميزا سـواء فى مجال فاعليتـه المعنوية التى يقـدمها الوكيل إلى مـوكله أو بـاعتباره دورا متكاملا فى مجال ضمان إدارة أفضل العـدالة ، وأن المساواة أمام القانـون مؤداها ألا يخل المشرع بمبدأ الحماية القانونية المتكافئة فيما بين الأشخاص المتماثلة مراكزهم القانونية ، فى حين حرم النص التشريعى المطعون فيـه (المادة ١٥ من قانون المحاماة الصادر بـالقانون رقم ١٧ لسنـة ١٩٨٣) الفئـة التى شملهـا الحظـر من الحق الـذى كفلـه لغيرهم من المحامين ، دون أن يستند فى التمييز بين هاتين الفئتين إلى مصلحة مشروعة ، بل عمد إلى نقيضها ، فإن هذا التمييز يكون مفتقرا إلى الأسس الموضوعية التى تبرره ، ويكون بالتالى تحكميا ومنهيا عنه بنص المادة ٤٠ من الدستور[2].

وقضت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا كان النص المطعون فيه (المادة ٢٠٨ مكررا (أ) من قـانون الإجـراءات الجنائيـة قد أجاز فـرض قيود على أمـوال الأشخاص الـذين توافرت من خلال التحقيق معهم دلائل كافية على تورطهم فى إحدى الجرائم التى عينها تحول دون إدارتهم لها أو تصرفهم فيها ، وهى قيـود لا سند لها من النصوص الدستـورية ذاتها ممـايزا بـذلك بين هـؤلاء وغيرهم من المواطنين ، بل بينهـم وبين غيرهـم من المتهمين

---

(١) ولهذا فإن القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ قضى بتعديل بعض نصوص قوانين العقوبات والإجراءات الجنائية وإنشاء محاكم أمن الدولة وسريـة الحسابات بالبنوك والأسلحة الذخائر إذ أضـاف مادة جديدة تحمل اسم المادة ٧ مكررا إلى القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ تقضى بأن يكون للنيابة العامة فى تحقيق الجرائم المنصوص عليهـا فى القسم الأول من البـاب الثـانى من الكتـاب الثـانى من قـانـون العقـوبـات ـ بـالإضـافـة إلى الاختصاصات المقررة لها ـ سلطات قاضى التحقيق، وسلطة محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة مشورة ـ يكون قـد أعطى تفوقا للنيابة العـامة على حساب الدفـاع فى الإجراءات التى كانت وفقا للقواعـد العامة تتطلب موافقـة المحكمة وخـاصة أن جميع المتهمين أيا كـانت الجرائم المنسوبـة إليهم يضمهم جميعا مـركز قانونى واحد هو افتراض البراءة.

(٢) دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ .

المدعى ارتكابهم جرائم أخرى غير التى حددها هذا النص، وكان هؤلاء، وهؤلاء يضمهم جميعا مركز قانونى واحد، هو افتراض براءتهم، وكان مناط فرض القيود عليهم مبناه قيام دلائل كافية من التحقيق على رجحان الاتهام، فإن التمييز بينهم يكون منافيا لمبدأ المساواة(١).

وفى فرنسا، قرر المجلس الدستورى الفرنسى بعدم دستورية النص الذى يحظر على بعض الممولين الطعن أمام القضاء فى قرارات مصلحة الضرائب، لإخلاله بمبدأ المساواة أمام القانون والقضاء(٢).

وقد قرر المجلس الدستورى فى فرنسا أنه من حق المشرع أن ينص على قواعد للإجراءات الجنائية تختلف باختلاف الوقائع والمراكز والأشخاص التى تنطبق عليهم، بشرط ألا يعبر الاختلاف عن تمييز لا مبرر له وأن يكون مكفولا بضمانات متساوية للمتقاضين، وهو ما يتوافر بالسماح بإدخال الدعوى حوزة محكمة الجنح مباشرة(٣). وقضى بعدم دستورية النص الذى يسمح للمدعى المدنى أمام محكمة الجنح أن يقدم طلبات جديدة أمام محكمة الجنح المستأنفة أو أن يدعى أمامها لأول مرة، وذلك لأن هذه الرخصة تمس بمبدأ مساواة المتهمين أمام القضاء لأن حقهم فى التمتع بمبدأ التقاضى على درجتين فيما يتعلق بالحقوق المدنية يتوقف على سلوك المدعى المدنى(٤).

ولهذا قرر المجلس الدستورى فى فرنسا بأن من حق المشرع وضع إجراءات مختلفة وفقا للوقائع والأحوال والأشخاص التى تنطبق عليهم، طالما أن هذا الاختلاف لا يعبر عن تمييز لا يوجد ما يبرره، وطالما أن الإجراءات على اختلافها مكفولة بالنسبة إلى جميع من تسرى عليهم بضمانات متساوية، وخاصة فيما يتعلق باحترام حق الدفاع (٥).

وقد لوحظ من استقراء قرارات المجلس الدستورى أنه قد استخلص عدم احترام مبدأ المساواة فى ضوء اختلاف المعاملة بالنسبة إلى حقوق الدفاع. وقد تجلى ذلك

(١) الدستورية العليا فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٩٦ العدد (٤١).

(٢) Décision 73 - 51, du 27 Décembre 1973, Rec. jur. const., 28.

(٣) Décision No.80 - 127 Dc 19 et 20 Janvier 1981, (Sécurité et liberté), Recueil jur. const., p.91.

(٤) قرار المجلس الدستورى فى ١٩ و ٢٠ يناير ١٩٨١ سالف الذكر.

(٥) Décision No. 86-213 du 3 Sebtembre 1981, Ferdinand Mélin - Soucramanien, le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, collection de droit public, 1997, p.304.

بوضوح عام ١٩٩٣ حين قرر المجلس الدستورى عدم دستورية نص يمنع المحتجزين فى بعض الجرائم المرتبطة بجرائم معينة هى جرائم المخدرات والإرهاب من الحق فى الاستعانة بمحام فى فترة حجزهم "Garde à vue" (١).

كما قرر هذا المجلس عدم دستورية القانون الذى يجيز لرئيس المحكمة الابتدائية إحالة الدعوى إما إلى محكمة من قاض واحد أو إلى محكمة من ثلاثة قضاة دون تقيد بمعيار معين، وذلك باعتبار أن هذا النص قد خالف المبدأ الدستورى الذى ينص على المساواة أمام القضاء. وقال المجلس إن هذا المبدأ لا يقوم بذاته، وإنما هو على العكس من ذلك يندرج داخل إطار مبدأ المساواة أمام القانون الذى نادى به إعلان الثورة الفرنسية لحقوق الإنسان سنة ١٧٨٩(٢).

ويلاحظ أن قرار المجلس الدستورى الفرنسى فى هذه القضية الأخيرة قد تطلب فى المساواة أن تكون بين المراكز القانونية الواحدة، وأضاف بأنه يتعين على المحكمة تحديد المراكز القانونية التى ينطبق عليها مبدأ المساواة أمام القضاء، فإذا ثبت أن النص ينطبق على جميع المتهمين دون تمييز، فإن المشرع لا يستطيع السماح بمحاكمة بعضهم دون غيرهم أمام محكمة من ثلاثة قضاة ــ وإلا انطوى على الإخلال بمبدأ المساواة، نظرا لوحدة المراكز القانونية للمتهمين الذين يجرى التمييز بينهم، أو كما قال المجلس الدستورى الفرنسى أمام (مواطنين يوجدون فى ظروف متشابهة ويتهمون عن جرائم واحدة). فالاختلاف فى المعاملة بين المتهمين يجب أن يتم وفقا لمعيار موضوعى ومقبول، يتفق مع الغاية من القانون .

وقد تبين من تلك القضية الأخيرة التى عرضت على المجلس الدستورى فى فرنسا أن القانون لم ينهض على معيار يسمح بتحديد نوع القضايا التى يمكن إحالتها إلى محكمة من قاض واحد وتلك التى يمكن إحالتها إلى محكمة من ثلاثة قضاة، بل ترك الأمر لرئيس المحكمة الابتدائية دون معيار موضوعى لكى يمارس سلطته فى الإحالة بطريقة تقديرية(٣).

وفى هذا المعنى قرر المجلس الدستورى أيضا بأنه يجب التوفيق بين مبدأ المساواة أمام القضاء ومبدأ تفريد العقاب، وأنه لا يتناقض مع مبدأ المساواة أن ينص القانون على

---

(١) Décision No. 93 - 326, du 11 août 1993, Rec. jur. const., p.552.

(٢) انظر: Décision No. 75 - 56, du 23 jullet 1975, Rec. op. cit., p. 32.

(٣) Décision du 75 - 56 Dc, Recueil jur. const., p.32.

إعطاء القاضى سلطة تقديرية واسعة فى تحديد العقاب وأن يتضمن قواعد تضمن العقاب الفعال عن الجرائم(١). وقرر المجلس الدستورى أيضا بأن القواعد المتعلقة بتنفيذ العقوبات لا تتناقض مع مبدأ المساواة(٢)، وأنه يمكن تصنيف المحكوم عليهم فى السجن بإخضاعهم لأنظمة عقابية مختلفة ما لم يكن المحكوم عليهم مقضيا عليهم بعقوبة من نوع واحد فإنهم يخضعون لنظام عقابى واحد عند توافر شروط تطبيقه(٣).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا فى مصر، أن الناس لا يتمايزون فيما بينهم فى مجال حقهم فى اللجوء إلى قاضيهم الطبيعى، ولا فى نطاق القواعد الموضوعية والإجرائية التى تحكم الخصومة عينها، ولا فى فعالية ضمانة الدفاع التى يكفلها الدستور للحقوق التى تطلبوها، ولا فى اقتضائها وفق مقاييس واحدة عند توافر شروط طلبها، ولا فى طرق الطعن التى تنتظمها، بل يجب أن يكون للحقوق ذاتها، قواعد موحدة سواء فى مجال التداعى بشأنها، أو الدفاع عنها، أو استعدائها، أو الطعن فى الأحكام الصادرة فيها(٤)، ولا يجوز بالتالى أن يعطل المشرع إعمال هذه القواعد فى شأن فئة بذاتها من المواطنين، ولا أن يقلص دور الخصومة القضائية التى يعتبر ضمان الحق فيها، والنفاذ إليها، طريقا واحدا لمباشرة حق التقاضى المنصوص عليه فى المادة ٦٨ من الدستور، ولا أن يجرد هذه الخصومة من الترضية القضائية التى يعتبر إهدارها إخلالا بالحماية التى يقررها الدستور للحقوق جميعها.

وقد أجازت المادة ٦٣/ ٤ من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون رقم ١٧٤ سنة ١٩٩٨، للمتهم عند رفع الدعوى الجنائية عليه مباشرة أن ينيب عنه وكيلا فى جميع الأحوال، أو فى أية مرحلة كانت عليها الدعوى لتقديم دفاعه، وذلك استثناء من حكم المادة ٢٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية، التى توجب على المتهم فى جنحة يعاقب عليها بالحبس أن يحضر بنفسه. وعللت المذكرة الإيضاحية للمشروع هذا الحكم

---

(١) دستورية عليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ فى طلب التفسير المقيد بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ١ لسنة ١٥ قضائية (تفسير) الجريدة الرسمية العدد ٤ (مكررا) فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣.

(٢) Cc. 22 Novembre 1978, p. 33.

(٣) Cc. 27 Juillet 1978, p. 32

(٤) قضت المحكمة الدستورية العليا بأن إفراد قانون السلطة القضائية دعوى الصلاحية بتنظيم خاص يخضع لقواعد موضوعية لا تميز بين نوع من المخاطبين بها من رجال السلطة القضائية المتكافئة مراكزهم القانونية بالنسبة إليها، وقد تقرر لأغراض تقتضيها المصلحة العامة صونا للوظيفة القضائية. (دستورية عليا فى أول فبراير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٣ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ص ١٤٢.

القانونى بالحيلولة دون اتخاذ الادعاء المباشر وسيلة للكيد والإساءة إلى المتهم بالحضور بنفسه كمتهم أمام المحكمة الجنائية . وأثناء مناقشة المشروع أمام مجلس الشعب أشار البعض إلى وجود إخلال بمبدأ المساواة بين المتهم فى الدعوى المباشرة والمتهم فى الدعوى المرفوعة من النيابة العامة ، وخاصة فى مرحلة الاستئناف حين يصدر على كل من المتهمين حكم بالحبس ، فيجوز للأول أن ينيب عنه وكيلا ، بخلاف الثانى الذى يتعين عليه الحضور بنفسه . على أنه لا يوجد إخلال بمبدأ المساواة لسببين :

(أولهما)، اختلاف النظام الإجرائى لكل من الدعوى المباشرة والدعوى المرفوعة من النيابة العامة .

(ثانيهما)، المساواة فى حقوق الدفاع .

فبالنسبة للسبب الأول ، فإن الدعوى المباشرة تخضع للنظام الاتهامى فترفع بغير استدلالات ولا تحقيق ، بخلاف الحال فى الدعوى المقامة من النيابة العامة ، كما أن المصلحة الخاصة شرط لقبول الدعوى المباشرة لأن هذه الدعوى لا تتحرك إلا إذا كانت مقترنة بدعوى مدنية مقبولة . هذا بخلاف الحال فى الدعوى التى تقيمها النيابة العامة ، فإن المصلحة العامة وحدها ـ والتى تسهر عليها النيابة العامة ـ هى التى تقف وراء الدعوى . وفى مرحلة الاستئناف ، فإنه إذا قضى ابتدائيا بإدانة المتهم فى الدعوى المباشرة ، فلازال مركزه مختلفا عن المتهم فى الدعوى المقامة من النيابة العامة والمحكوم بإدانته ابتدائيا ، لأن المدعى المدنى يملك فى الدعوى المباشرة ـ فى أية حالة كانت عليها الدعوى ـ أن يترك دعواه المدنية فيترتب على هذا الترك ترك الدعوى الجنائية أيضا ما لم تطلب النيابة العامة نظرها (المادة ٢٦٠/ ٣ إجراءات المعدلة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية وقانون العقوبات)؛ وهو ما لا يسرى على الدعوى الجنائية المقامة من النيابة العامة . وبالنسبة إلى السبب الثانى ، فإنه فضلا عن أنه لا يوجد إخلال بمبدأ المساواة فى الأسلحة بين المتهم والنيابة العامة ، لا يوجد إخلال بالمساواة فى حقوق الدفاع بين المتهم فى الدعوى المباشرة ، والمتهم فى الدعوى المرفوعة من النيابة العامة . فحضور المتهم بشخصه هو ضمان للدفاع ، فإن شاء أن يكتفى بوكيل عنه ، فإن ذلك يخضع لتقديره . فإذا حتم القانون حضوره

شخصيا (كما فى الدعوى المقامة من النيابة العامة)، فليس فى ذلك انتقاص من حقوق الدفاع[1] ولا حرمانه من ميزة، لأن الغياب عن الحضور ليس ميزة فى المحاكمة وليس حقا من حقوق الدفاع، بل هو على العكس رخصة له قد يترتب على استعمالها انتقاص حقه فى الدفاع. هذا فضلا عن أن القانون أجاز للمحكمة أن تحتم حضور المتهم بشخصه فى الدعوى المباشرة، إذا هى قدرت أهميته فى الحضور.

إلا أننا نلاحظ ثمة إخلال بمبدأ المساواة يتجلى فى المواد ١٦١ و١٦٤/ ٢ و٢٠٥/ ٢ إجراءات. فالمادة ١٦١ إجراءات أجازت للنيابة العامة أن تستأنف جميع الأوامر التى يصدرها قاضى التحقيق، بينما قصرت حق المتهم فى الاستئناف على الأوامر المتعلقة بالاختصاص، كما أن المادة ١٦٤ / ٢ إجراءات قررت للنيابة العامة وحدها استئناف الأمر الصادر من قاضى التحقيق فى جناية بالإفراج المؤقت عن المتهم المحبوس احتياطيا، ولم تعط للمتهم حق استئناف الأمر الصادر بحبسه احتياطيا، وكذلك أيضا فإن المادة ٢٠٥/ ٢ إجراءات المعدلة بالقانون ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ أعطت للنيابة العامة فى مواد الجنايات استئناف الأمر الصادر من القاضى الجزئى بالإفراج عن المتهم المحبوس احتياطيا، ولم تعط للمتهم حقا فى استئناف الأمر الصادر بمد حبسه احتياطيا.

٢٦٤ـ تفريد العقوبة والمساواة أمام القضاء

من المقرر أن القاضى الجنائى وهو يمارس سلطته التقديرية فى توقيع العقاب على الجانى، عليه أن يجرى تفريدا للعقاب يتفق مع جسامة الجريمة، ومدى خطورة الجانى. فالمساواة التامة بين المحكوم عليهم فى قدر العقوبة تتطلب وحدة المراكز القانونية بالنظر إلى مدى جسامة الجريمة ومدى خطورة الجانى، وبدون ذلك لا تتحقق المساواة أمام القضاء. وتعتبر جسامة الجريمة وخطورة الجانى معيارا موضوعيا مقبولا كأساس لتفريد العقاب. وفى هذا المعنى قالت المحكمة الدستورية العليا فى مصر إن سلطة تفريد العقوبة هى التى تخرجها من قوالبها الصماء، وتردها إلى جزاء يعايش

---

(١) يلاحظ أن إدخال المحكمة المتهم المفرج عنه فى قفص داخل المحكمة ليس من إجراءات المحاكمة، ويعتبر مخالفا لأصل البراءة مالم يتقرر بأمر المحكمة خشية هروب المتهم إذا توافر لديها ما يبرر ذلك.

الجريمة ومرتكبها، ويتصل بها اتصال قرار، وقالت بأن مناط مشروعية العقوبة من الزاوية الدستورية أن يباشر سلطته فى مجال التدرج بها وتجزئتها، تقديرا لها فى الحدود المقررة قانونا، فذلك وحده الطريق إلى معقوليتها وإنسانيتها جبرا لآثار الجريمة من منظور موضوعى يتعلق بها وبمرتكبها[١].

وتطبيقا لهذا المبدأ، قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه إذا سلب المشرع سلطة القاضى فى تفريد العقاب بأن منعه من الحكم بوقف تنفيذ العقوبة فى جرائم معينة، يكون قد أخل بخصائص الوظيفة القضائية وقوامها فى شأن الجريمة تقدير العقوبة التى تناسبها[٢]. إلا أن الأمر لا يخلو من زاوية أخرى تتمثل فى ثلاثة أمور:

أولها : أن الأمر يتصل بتحديد معنى المساواة أمام القضاء وهو ما يتوقف على وحدة المراكز القانونية للمحكوم عليهم فى الدعوى، فلا مساواة عند الاختلاف فى هذه المراكز أو إذا حتمت ذلك المصلحة العامة وفق معايير موضوعية تتفق مع الغاية من القانون. وفى هذا الشأن قضت محكمة التحكيم البلجيكية بعدم دستورية قانون يسمح بفرض غرامات إدارية عند ارتكاب جريمة بالمخالفة لبعض القوانين الاجتماعية؛ على أساس أنه إذا كان للمشرع أن يلجأ إلى الجزاء الجنائى أو الجزاء الإدارى لا يمكنه أن يجرى معاملة مختلفة على مرتكبى الجرائم بدون سبب معقول، وبدون أن تكون مناسبة لجسامة الوقائع، بالنظر إلى الهدف المعنى والعقابى الذى استهدفه القانون[٣].

ثانيها : أن إخراج بعض العقوبات من نطاق سلطة القاضى فى وقف تنفيذ العقوبة متعلق بالتفريد التشريعى للعقوبة حسب جسامة الجريمة، ويعتبر إمكان وقف التنفيذ عنصرا فى هذا التفريد التشريعى، ومن ثم يعتبر ضمن الحدود المقررة قانونا لعقوبة الجريمة وفقا لمعيار الضرورة والتناسب، وإنما يشترط لذلك أن يترتب على حظر وقف

---

(١) دستورية عليا فى ٢ أغسطس سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ١٥ قضائية «دستورية»، و ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية» وأول سبتمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية ٣٠ «دستورية». و١٥ نوفمبر سنة ١٩٩٧ القضية رقم ١٢٤ سنة ١٨ قضائية «دستورية» و١٣٣ لسنة ١٨ قضائية «دستورية».

(٢) الدستورية العليا فى أول سبتمبر سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ١٣٠ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٩٧ العدد ٣٧.

(٣) انظر: Francis Delpérée et Anne Rasson - Roland, Chronique, Annuaire International de justice constitutionnelle 1997, p.499.

التنفيذ أن يكون عـدم التناسب ظاهرا لا لبس فيه، وإلا اعتبر الأمر تـدخلا فى السلطة التقديريـة للمشرع. ولا مجال للحديث فى أن حظر وقف التنفيـذ يعتبر تدخلا فى أعمال الوظيفـة القضائية، لأن المشرع الجنـائى هو الذى يوضح حـدود هذه الوظيفـة فى إطار اختصاصه بتنظيم ممارسة الحقوق والحريات التى كفلها الدستور.

ثالثها: أن تصنيف المحكوم عليهـم فى السجن ومعاملتهم العقابيـة داخل السجن قد تختلـف بشرط أن تبنى على معايير مـوضوعيـة، ويجب أن تكون متناسبـة مع الهدف منها[1].

٢٦٥ـ المحاكم الجنائية الخاصة والمساواة أمام القضاء

واجهت إدارة العدالة الجنـائية بعض المشكلات، إما بسبب ظهـور أنماط معينة من الإجرام أو بسبب شخصية مرتكبيهـا، مما أثار البحث حول مدى ملاءمـة مواجهة هذه الأنماط بتنظيم خاص يتفق مع طبيعتها، وحول ما إذا كانت المحاكم الخاصة التى تنشأ لهذه الأنماط من الجرائم أو الأشخـاص تتبـع ذات الإجـراءات التى تحكم القـانـون فى الأحوال العامة.

إن الشرعية الدستورية تتطلب وحدة القضاء الطبيعى؛ لأنها تستند إلى المساواة أمام القضاء. فهـذه المساواة تتطلب خضـوع الأفراد إلى قضـاء يحدده القانـون بصفة عـامة ومجردة. وفى نطاق هذه الوحدة يمكن أن تنشأ محاكم جنائيـة خاصة تختص بنظر مراكز قانونية متميزة سواء بالنسبة إلى الجريمة (كما فى محاكم أمن الدولة العليا التى نص عليها الدستور المصرى فى المادة ١٧١ منه)، أو بالنسبة إلى مرتكبيها (كما فى محاكم الأحداث)، أو بـالنسبة إلى كل مـن الجريمة ومـرتكبيهـا (كما فى المحاكم العسكـريـة طبقـا لقانـون الأحكام العسكرية والتى تستند إلى المادة ١٨٣ من الدستور المصرى).

كما تتأكد المساواة أمـام القضاء فى هذه المحاكم طالما تحدد اختصـاص هذه المحاكم وفقا لضوابط موضوعية تتفق مع الغاية من القانون الصادر بإنشائها وهى فاعلية العدالة

---

(١) وقد قضت محكمة Liége فى بلجيكا فى ٩ نـوفمبر سنة ١٩٨٧ بأنـه لا يشترط أن تكون متخصصـا فى علم النفس أو أن تكون طبيبا نفسيا فى السجـن، بل يكفى توافر قليل من الإحساس بالإنسانيـة للشعور بالأثر المؤسف الذى يولده الانعزال فى السجن المقترن بحرمان السجين من أى نشاط لمدة يجهلها تماما.

انظر: Marc Verdussen, op. cit., p. 482.

الجنائية بالنظر إلى ذاتية الجريمة أو ذاتية المجرم أو ذاتية الاثنين معا . ولا يجوز أن نغفل من حسابنا أن فاعلية العدالة الجنائية تتوقف على الوصول إلى الحقيقة، وهو ما يؤثر على الاختصاص والتنظيم القضائى[1] فى أحوال معينة يقتضى فيها الأمر الالتجاء إلى أسلوب يختلف عن الأسلوب العادى فى الاختصاص والتنظيم القضائى . وطالما توافرت الضوابط الموضوعية التى تتفق مع الغاية من القانون الصادر بإنشاء المحاكم الخاصة، فلا محل للتحدث عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام القضاء . وفى هذا المعنى قضت المحكمة الدستورية الأسبانية بأن محاكمة بعض كبار المسئولين فى الدولة (أعضاء البرلمان، الوزراء ورئيس الحكومة وغيرهم) أمام محاكم قضائية خاصة لا تعتبر انتهاكًا لمبدأ المساواة لأن هذه المعاملة الخاصة لا ترجع إلى أسباب شخصية تتعلق بأشخاص هؤلاء المسئولين، وإنما ترجع إلى تقييم اعتبار وخصوصية الوظيفة التى يشغلونها، والتى تتعلق بالمصلحة العامة[2].

على أن المغايرة فى أسلوب الاختصاص والتنظيم القضائى لا يجوز أن تهدر متطلبات الضمان القضائى التى تتمثل فى الاستقلال والحياد، فلابد أن تشكل المحاكم الخاصة من قضاة يتمتعون بذلك . ويرتكز ذلك فى مصر على ما نصت عليه المادة ٦٥ من الدستور من أن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات .

ومع ذلك، فإن البحث يثور بصدد خمس مسائل : (الأولى) طبيعة القضاء العسكرى . (الثانية) وجود شخصيات عامة فى محاكم القيم . (الثالثة) ما اشترطه قانون الطفل المصرى من وجود اثنين من الخبراء أحدهما من النساء كمعاونين للقاضى فى المحكمة الجزئية . (الرابعة) ما سمح به القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء محاكم أمن الدولة من تشكيل دوائر بها عنصر عسكرى[3]. (الخامسة) ما تطلبه القانون رقم

---

(١) انظر: Kaering - Joulin et J. Pradel, les rapports entre l'organisation judiaire la procédure pénale en France, Rev Internationale de droit pénal, 60 e année (3e et 4e Trimestres 1989), p.804.

(٢) مثال ذلك الأحكام رقم ٥١ لسنة ١٩٨٥، ٣٠ لسنة١٩٨٦، و٣٥٣ لسنة ١٩٨٨ وقد أشار إليها: Barbero Santos; Le iolet et l'impact du constitutionnalisme des tribunaux constitutionnelles et des cours supremes, sur l'évolution du systeme de justice criminelle, cp. cit. 249, 250.

(٣) نص القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ على أن يكون تشكيل محكمة أمن الدولة العليا من ثلاثة مستشارين من محكمة الاستئناف على أن يكون الرئيس بدرجة رئيس محكمة استئناف، ويجوز أن يضم إلى عضوية هذه المحكمة عضوان من ضباط القوات المسلحة القضاة بالقضاء العكسرى برتبة عميد على الأقل ويصدر قرار من رئيس الجمهورية (٢/ ١ و ٢) انظر مقالنا عن محكمة أمن الدولة، مجلة القضاة سنة ١٩٨١ .

٧٩ لسنة ١٩٨٥ بشأن محاكمة الوزراء من تشكيل خاص به عنصر برلمانى .

(أولا) : بالنسبة إلى القضاء العسكرى

إن ذاتية تشكيله تجد أساسها فى الدستور الذى نص فى المادة ١٨٣ على أن ينظم القانون القضاء العسكرى ، ويبين اختصاصاته فى حدود المبادئ الواردة فى الدستور. ومن ثم فإن تنظيم هذا القضاء بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون الأحكام العسكرية على نحو يجعل المحاكم العسكرية من ضباط عسكريين لا يؤثر فى كون القضاء العسكرى محاكم خاصة فى نطاق القضاء الطبيعى ، طالما أن طبيعة الجرائم والمتهمين الماثلين أمامها تتفق مع تشكيلها الخاص وفقا لضوابط موضوعية تتفق مع الغاية من القانون الصادر بإنشائها . وقد قضت المحكمة الدستورية العليا أن المحاكم العسكرية ليست إلا محاكم خاصة ذات اختصاص قضائى استثنائى مناطه إما شخص مرتكبها على أساس صفة معينة توافرت فيه على نحو الحالات المبينة بالمادة الرابعة من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ ، أو خصوصية الجرائم وفق الأحوال المبينة بالمادة الخامسة من ذات القانون[١].

(ثانيا) : بالنسبة إلى قضاء القيم

إن ما نص عليه القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ من تشكيل خاص يتضمن عنصرا قضائيا له الغلبة مع عنصر شعبى (شخصيات عامة) له الأقلية [٢]، يجد أساسه فى الدستور؛ إذ نصت المادة ١٧٠ منه على أن يسهم الشعب فى إقامة العدالة على الوجه وفى الحدود المبينة فى القانون . وقد وردت هذه المادة فى الفصل الرابع الخاص بالسلطة القضائية من الباب الخامس الخاص بنظام الحكم . ويؤدى تفوق العنصر القضائى فى هذا التشكيل إلى احترام المادة ٦٥ من الدستور التى نصت على أن استقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات .

---

(١) دستورية عليا فى ٦ يناير سنة ١٩٩٠ فى القضية رقم ٨ لسنة ٨ قضائية «تنازع» .

(٢) طبقا للمادة ٢٧ من القانون المذكور تشكل محكمة القيم من سبعة أعضاء برئاسة أحد نواب رئيس محكمة النقض وعضوية ثلاثة من مستشارى محكمة النقض أو محاكم الاستئناف وثلاثة من الشخصيات العامة ، وتشكل المحكمة العليا للقيم من تسعة أعضاء برئاسة أحد نواب رئيس محكمة النقض وعضوية أربعة من مستشارى محكمة النقض أو محاكم الاستئناف وأربع من الشخصيات العامة .

وقد عرضت المحكمة الدستورية العليا لقضاء القيم [1]حين أثير أمامها عدم دستورية القرار بقانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٨١ بتصفية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة قولا إنه نقل الاختصاص بالمنازعات المشار إليها فيه من القضاء المدنى وهو قاضيها الطبيعى إلى قضاء القيم، وانتهت إلى أن محكمة القيم هى جهة أنشئت كمحكمة دائمة لتباشر ما نيط بها من اختصاصات حددتها المادة ٣٤ من قانون حماية القيم من العيب وفقا للضوابط والإجراءات المنصوص عليها فيه والتى كفلت للمتقاضى أمام تلك المحكمة ضمانات التقاضى من إبداء دفاع وسماع أقوال وتنظيم لطرق الطعن فى أحكامها، وتكون تلك المحكمة بذلك هى القاضى الطبيعى فى مفهوم المادة ٦٨ من الدستور الذى يحق لكل مواطن الالتجاء إليه فى شأن الاختصاصات المنوطة به. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا قضاءها السالف[2]. عندما أثير فيها الدفع بعدم دستورية القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن حماية القيم من العيب.

(ثالثا) : بالنسبة إلى محاكم الأحداث

نصت المادة ١٢١/ ١ من قانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ على أن تشكل محكمة الأحداث من ثلاثة قضاة، ويعاون المحكمة خبيران من الأخصائيين، أحدهما على الأقل من النساء ويكون حضورهما فى إجراءات المحاكمة وجوبيا، وعلى الخبيرين أن يقدما تقريرهما للمحكمة بعد بحث ظروف الطفل من جميع الوجوه، وذلك قبل أن تصدر المحكمة حكمها. ونصت المادة ١٢١/ ٣ من هذا القانون على أن يكون استئناف الأحكام الصادرة من محكمة الأحداث أمام محكمة استئنافية تشكل بكل محكمة ابتدائية من ثلاث قضاة، اثنان منهما على الأقل بدرجة رئيس محكمة، ويراعى حكم الفقرتين السابقتين فى تشكيل هذه المحكمة. ويتفق هذا النص مع طبيعة الحدث الذى تتطلب محاكمته إجراءات خاصة تلائم شخصيته. وهذان الخبيران يعاونان القاضى فى قضائه، ولكنه يتحمل مسئولية القضاء فهما ليسا عضوين فى المحكمة. واشتراط أن يكون أحد الخبيرين من النساء يبرره أن المرأة بطبيعتها قادرة على تفهم

---

(١) دستورية عليا فى ٢١ يونيو سنة ١٩٨٦ فى القضيتين رقمى ١٣٩ و ١٤٠ لسنة ٥ قضائية (دستورية)، والدعوى رقم ٤٢ لسنة ٥ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد (٢٧) فى ٣ يولية سنة ١٩٨٦.

(٢) دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ فى القضية رقم ٦٠ لسنة ٤ قضائية (دستورية)، الجريدة الرسمية، العدد (٢٢) فى ٣١ مايو سنة ١٩٨٧.

مشاكل الأطفال وحلهـا، فضلا عما يحدثه وجودهـا فى المحكمة من بث روح الطمأنينة والثقة فى نفوس الأطفال، ويخفف عنهم حدة الشعور برهبة المحاكمة الجنائية[1].

(رابعا) : بالنسبة إلى محاكم أمن الدولة

إن ما نص عليه القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ من جواز إضافة عنصر عسكرى إلى العنصر القضائى الغـالـب، يجد أساسه فى المادة ١٧١ من الـدستور التى نصت على أن ينظم القانون تـرتيب محاكم أمن الدولة، ويبين اختصاصاتها والشروط الواجب تـوافرها فيمن يتولون القضاء فيها. وهذا النص الدستورى هو أساس المغايرة التى ترد فى القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن تشكيل المحكمـة وبعض الإجراءات التى تخضع لها. على أنه يتعين فى العنصر العسكرى عند تقريره أن تتوافر فيه الخبرة القانونية اللازمة للقضاء، بـاعتبـار أن هذه الخبرة تعتبر معيـارًا للصـلاحيـة للجلوس فى مجلس القضـاء كمنـاط لاستقلاله[2]. وهو شرط لابد من توافره لضمان صحة تشكيل المحكمة، وذلك باعتبار أن هذا النوع من المحاكم هو من القضاء الطبيعى.

(خامسا) : بالنسبة إلى المحكمة المختصة بمحاكمة الوزراء

طبقـا للقـانون رقم ٧٩ لسنـة ١٩٥٨ كـان يتم هـذا التشكيل من خـلال عنصرين أحدهما بـرلمانى والثانى قضائى. تـوافر عنصر بـرلمانى (٦ أعضاء من مجلس الشعب) (مجلس الأمة سابقا) بجوار العنصر القضائى (٦ مستشارين بمحكمة النقض) ويستند هذا التشكيل الخاص إلى المادة ١٦٠/ ١ من الدستـور التى نصت على أن تكون محاكمة الوزير وإجـراءات المحاكمة وضماناتها والعقاب على الـوجه المبين بالقانـون. وكان هذا التشكيل ينسجم مع طبيعـة المسئوليـة الجنائيـة للوزيـر، باعتبار أن العنصر السيـاسى الناجم عن طبيعة عملـه يتطلب تقديرا سياسيا يجيده الأعضـاء البرلمانيون فى المحكمة. ونرى أن محاكمـة الوزراء عن الجرائم التى يـرتكبونها فى أثنـاء تأدية وظـائفهـم تثير قضية المسئوليـة السياسيـة بجانب المسئوليـة الجنائيـة، مما يتعين وجـود عنصر برلمان منتخب يشارك مع العنصر القضائى فى محكمة خاصة على أن تكون الأغلبية للعنصر القضائى.

---

(١) انظر الدكتورة نبيلة إسماعيل سلامة، حقوق الطفل فى القانون المصرى سنة ١٩٩٨ ص ٥٤٧.

(٢) انظر ما تقدم بند ٢٥٧.

المبحث الثـــانى
مبدأ الحرية الشخصية

٢٦٦ـ تمهيد:

نصت المادة ٤١ من الدستور المصرى على هذا المبـدأ فأكدت أن «الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصـونة لا تمس»[1]. ولاشك فى أن هـذا النـص لا يعنى أن الحريـة الشخصية حق مطلق لا ترد عليه القيود، ذلك أن الإنسان لم يعرف هذه الحرية المطلقة إلا عندما كان يعيش بصورة فـردية فى العصور الأولى. فقد اقتضت ضرورات الحياة أن ينتظم فى سلك الجماعة فأصبح كـائنا اجتماعيا لا يستطيع العيش بمفرده. وقـد اقتضاه ذلك أن يلتزم فى تصرفاته وأفعاله بالأصـول والقواعد التى تتواضع عليها الجماعة. ومن شأن هذه القـواعد وتلك الأصول أن تحد مـن حريته فتحـول دون اعتدائه على غيره من أعضـاء المجتمع حتى يصبح طيع التمتع بمثل مـا يتمتع بـه. والقانـون هـو الوسيلـة الوحيدة لوضع هذه الحدود. وقد قـامت تشريعات العقاب على هذا الأساس لأنها إنما تؤثم صـورا من العدوان على الغير حفظا لأمـن الجماعة ونظام المجتمع. ولـو أن الحرية أطلقت دون قيد لسادت الفوضى واختل الأمن والنظام وارتد المجتمع إلى عهود الغابة. ويؤيد هذا النظر أن المشرع الدستورى إذ يقرر الضمانات التى تجب مراعاتها عند القبض على الأفـراد وحبسهم، وإذ يـوجب إشراف القضـــاء والنيـابـة على إجـراءات القبض والحبس، وضرورة استصـدار أوامـــر القبض والحبس وغيرهما من الإجـراءات المقيـدة للحريـة من القاضى المختص أو النيابـة العامـة وفقا لأحكام القـانون، فإنه يقـر تقييد حرية الأفراد إذا اقترفوا ما يقتضى ذلك من الجرائم ومخالفة القانون، كما يقرر بأن الحرية

---

(١) تقـابل المادتين ٤ و ٥ فى دستـور ١٩٢٣ ودستـور ١٩٣٠، والمادة ٣ فى الإعـلان الـدستـورى الصـادر فى ١٠/٢/١٩٥٣، والمادة ٣٤ من دستـور ١٩٥٦ والمادة ١٠ من دستـور ١٩٥٨، والمادة ٢٧ من دستـور ١٩٦٤.

الشخصية التى أحاطها بسياج من القداسة فى صدر النص ليست حرية مطلقة تمتنع على القيود والحدود إذا اقتضت مصلحة المجتمع فرض هذه القيود والحدود[1]. وقد أكدت محكمة النقض ما مؤداه أن عبارة «وفقا لأحكام القانون» التى وردت فى نهاية المادة ٤١/ ١ من الدستور، بعد إيرادها الحالتين التين يجوز فيهما القبض والتفتيش، لا تعنى تفويض الشارع العادى فى إضافة حالات أخرى تبيح القبض على الشخص وتفتيشه، وأن القول بغير ذلك يفضى إلى إمكان تعديل نص وضعه الشارع الدستورى بإرادة الشارع العادى، وهو ما لا يفيده نص المادة ٤١ من الدستور[2].

فما هى الحقوق التى تنطوى تحت مدلول الحرية الشخصية والتى تتعرض للمساس بها من خلال الإجراءات الجنائية ؟

٢٦٧- (أولا): الحق فى سلامة الجسم

كفلت المادة ٤٢ من الدستور الحق فى سلامة الجسم فى مواجهة الإجراءات الجنائية، فنصت على أن كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأى قيد يجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان، ولا يجوز إيذاؤه بدنيا أو معنويا، كما لا يجوز حبسه فى غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون. ويفترض هذا الحق عدم جواز تعذيب المتهم. وقد أكد هذا المبدأ الإعلان العالمى لحقوق الإنسان لسنة ١٩٤٨ الذى حظر تعذيب المتهم (المادة الخامسة). وقد انضمت مصر إلى اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التى أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر ١٩٨٤.

وتعذيب المتهم يخضع لصور متعددة، منها ما يعتبر إكراها ماديا، ومنها ما يعتبر

---

(١) المحكمة العليا فى ١٨ يناير سنة ١٩٧٥ فى القضية رقم ١٣ لسنة ٥ قضائية عليا «دستورية»، ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ فى القضية رقم ١ لسنة ٥ قضائية عليا «دستورية».

انظر الدكتور محمود نجيب حسنى، القبض على الأشخاص، طبعة ١٩٩٤ (مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين).

انظر: - Serge Guinchard, Le procès équitable: droit fondamental, Actualité juridique, Juillet - Août 1998, p.194.

(٢) نقض ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣ مجموعة أحكام س ٤٤ ص ٧٠٣ وما بعدها.

إكراها أدبيا. والجامع بينها هو الألم أو المعـاناة البدنية أو النفسية أو العقلية التى تصيب المتهم من جراء استخدام أحد وسائل التعذيب[١].

وينبنى على هذا الحق تأكيد حرية المتهم فى إبـداء أقواله بعيدا عن القهر الذى يمس سلامة جسده. ويثير هذا البحث مشكلة استخـدام الوسائل العلمية الحديثة من أجل قهر المتهم على الإدلاء بالحقيقة. والوجه الذى نبحثه يتعلق بمدى مشروعية استخدامها فى استجـواب المتهم، مما يمس حق المتهـم فى إبداء أقـواله بحـريـة مما يمس حقـه فى الدفـاع. وقد استقر الفقه والقضـاء فى معظم بلاد العالم على رفض استخدام الـوسائل العلمية للحصول على اعتراف المتهم[٢].

كما يترتب على هذا الحق عدم جواز معاملة الشخـص فى أثناء المحاكمة معاملة غير إنسانيـة أو تحط من قدر إنسانيتـه. وهذا ما أكـدته المادة ٧ من العهد الـدولى للحقوق المدنية والسياسية[٣].

---

(١) وقد اعتبرت محكمة النقض أن الإكراه يكون متوافـرا عند هجوم الكلب البوليسى على المتهم وتمزيق ملابسه وإحداث إصابات به (نقض ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة الأحكام س ١ رقم ٣٢ ص ٨٧).
انظر نقض ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعـة الأحكام س ٩ رقم ٣٤٦ ص ١٠١٧). وقضى بأنه ليس فى حضور الضابط استجواب النيابة للمتهم ما يعيب هذا الإجراء أو يبطله فى وقت كان مكفولا له فيه حرية الـدفاع عن نفسـه بجميع الضمانات (نص ٦ مـارس سنة ١٩٦١ مجمـوعة الأحكـام س ١٢ رقم ٥٩ ص ٣١١). وقضى بأن طـول أمد الاستجواب واستغـراق ذلك لساعـات طويلـة متصلة لا يعـد إكراهـا ما لم تستخلص المحكمة من ظروف الدعوى وملابستها تأثر إرادة المتهم (نقض ٢٣ يناير سنة ١٩٩٤، مجموعة الأحكام س ٤٥ ص ٣٧).

(٢) Merle et Vitu, Traité de droit criminal T.II (procédure pénale), 1979, p.164 et 165.
Graven; Le probléme des novelles techniques d'investigation au procés pénale, Rev, Sc. Crim., 1950, p.313 et S.

وقد قلنا فى هذا الصدد «إذا صح اللجوء إلى هذه الوسائل لأغراض علاجية فلا يجوز استعمالها للكشف عن الحقيقة فى الخصومة الجنائية، فإن الضمير يأباها لأنها تعامل الإنسان وكأنـه محل التجربة فى معمل وتحيى معنى التعذيب بما تحققه من سلب شعور الإنسان وتحطيم إرادته الواعية».
(انظر مؤلفنا؛ الوسيط فى قانون الإجراءات، الطبعة السابعة (١٩٩٣) ص ٥١٨ و ١٥٩).

(٣) عرفت المحكمة الأوروبية لحقـوق الإنسان المعاملة غير الإنسانية بأنها سلوك يُحدث آلامـا عضوية أو عقلية ذات جسامة معينـة دون أن تبلغ درجة الجسامة التى يتصف بها التعذيب. مثال ذلك استخـدام الوسائل التى كان يستخـدمها الجيش البريطـانى فى الاستجواب فى أيرلنـدا الشمالية، وهى الـوقوف مدة طـويلة، وتغطية الرأس، والصفير المستمر داخل الزنزانـة، والحرمان من الشمس، والحرمان أو التقليل الشديد من الأكل والشرب لعدة أيام.
انظر: Cugges Lebreton, Libertés publiqus et draits de l'homne, 1995, p.276.

٢٦٨ـ (ثانيا): الحق فى حرية التنقل

القيمة الدستورية للحق : كفلت المادة ٤١ من الدستور حرية التنقل إذ نصت على أنه فيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو حبسه أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة ، وذلك وفقا لأحكام القانون . ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطى .

وواضح من هذا النص الدستورى أن حرية التنقل حق كفله الدستور[١]. وهو حق نص عليه الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ (المادة٣)، والعهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية (١٩٦٦) فى المادة ١٢/ ١ منه .

الضمانات الدستورية والقانونية للمساس بحرية التنقل :

أجاز الدستور المساس بحرية التنقل بإجراء القبض أو الحبس الاحتياطى ، إلا أن هذا الإجراء لا تجوز مباشرته إلا فى إطار ضمانات مهمة رسمها الدستور وحددها القانون .

أما الضمانات الدستورية ،فتبدو فيما يلى :

(١) **الضمان القضائى** : حق المواطن فى ألا يقبض عليه أو يحبس أو يمنع من التنقل إلا بناء على أمر يصدر عن القاضى أو النيابة العامة ـ عدا حالة التلبس ـ وذلك وفق لأحكام القانون (المادة ٤١ من الدستور) ويكون ذلك إذا اقتضته ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع . وبناء على ذلك ، فإن المشروعية الدستورية لتقييد حرية التنقل تتوقف على التناسب بين حرية التنقل وبين مصلحة التحقيق وصيانة أمن المجتمع . وعلى المشرع فى بيانه لحالات القبض وإجراءاته مراعاة هذا التناسب الذى يمثل فى ذاته إطارا لمشروعية الإجراء . ومؤدى ذلك فى ضوء الإشارة إلى الاستثناء الخاص بحالة التلبس أن أوامر القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو حبسهم أو منعهم من التنقل أو السفر أو تقييد حريتهم بأى قيد دون ذلك إذا بوشرت لضرورة التحقيق ـ تعتبر من الإجراءات الجنائية التى تمس الحرية الشخصية ـ التى لا يجوز تنظيمها إلا بقانون صادر من السلطة التشريعية وليس من سلطة أخرى بناء على تفويض ولا بأداة أدنى مرتبة[٢]. ولا يطهر الإجراء (مثل قرار منع السفر) من عيب البطلان أن

(١) دستورية عليا فى ١٤ مارس سنة ١٩٩٢ مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ص ٢٤٤.

(٢) نقض مدنى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٨٨ س ٣٩، جـ٢ رقم ١٩٤ ص ١١٥٩.

هذا وقد نص القرار بقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن جوازات السفر على أنه لا يجوز لمن يتمتع بالجنسية المصرية مغادرة أراضى الجمهورية أو العودة إليها إلا إذا كانوا يحملون جوازات سفر وفقا لهذا القانون ونصت المادة ١١ من هذا القانون على أنه يجوز بقرار من وزير الداخلية لأسباب مهمة يقدرها رفض منح =

يصدر من النيابة العامة أو من القاضى، إذا لم يكن هناك قانون ينظم هذا الإجراء، باعتبار أن المشرع وحده ينفرد بتنظيم كل ما يتعلق بالحقوق والحريات[1].

وقد أشار الدستور إلى إمكان اتخاذ هذه الإجراءات لصيانة أمن المجتمع إلا أن ذلك بطبيعة الحال مشروط باستيفاء سائر مقومات المشروعية الدستورية فلا يجوز اتخاذ هذه الإجراءات إلا في الحدود التي يبينها القانون، وبالنسبة إلى التدابير الاحترازية التي تهدف إلى صيانة إمن المجتمع، والتي تعتبر من العقوبات فلا يجوز أن تتقرر إلا بحكم قضائى طبقا للمادة ٦٦ من الدستور.

(٢) **المعاملة الإنسانية:** حق المواطن فى المعاملة الإنسانية أثناء القبض عليه. فقد نصت المادة ٤٢ من الدستور على أن كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأى قيد تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان، ولا يجوز إيذاؤه بدنيا أو معنويا.

(٣) **حبسه فى الأماكن الخاضعة لقانون السجون:** حقه فى ألا ينفذ القبض عليه إلا فى الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون (المادة ٤٢ من الدستور).

(٤) **تأقيت الحبس الاحتياطى:** وجوب أن يكون الحبس الاحتياطى محددا بمدة معينة فى حدود المدة التى يبينها القانون (المادة ٤١ من الدستور).

= جواز السفر أو تجديده كما يجوز لـه سحب الجواز بعد إعطائه. وقد أصدر وزير الداخلية القرار رقم ٢٢١٤ لسنة ١٩٩٤ بشأن تنظيم قوائم الممنوعين وحدد فى المادة الأولى منه الجهات التى يحق لها طلب الإدراج على قوائم الممنوعين من السفر بالنسبة إلى الأشخاص الطبيعيين؛ وهى المحاكم والمدعى العام الاشتراكى والنائب العام ومساعد وزير العدل للكسب غير المشروع ورئيس المخابرات العامة ورئيس هيئة الرقابة الإدارية، ومدير إدارة المخابرات الحربية ومدير إدارة الشئون الشخصية والخدمة الاجتماعية بالقوات المسلحةومساعد أول وزير الداخلية لمباحث أمن الدولة، ومدير مصلحة الأمن العام. ويحتاج الأمر إلى تنظيم تشريعى - وليس تنظيما إداريا - لإجراء المنع من السفر مع إحاطة بالضمانات التى تتفق مع الدستور.

(١) وقد أكد مجلس الدولة الفرنسى أن الحق فى التنقل يتضمن الحق فى مغادرة البلاد.

(CE 22 mai 1992, Gisti, RFDA 1993, p. 567)

وقد أسس هذا الحق على الإعلان العالمى لحقوق الإنسان، واعتبره المجلس الدستورى الفرنسى مظهرا للحرية الفردية.
(Décno. 92-303 du 25 fevr. 1992, Rec. Cons. Const, p. 48)

وفى التقارير المقدمة إلى المؤتمر الذى عقده المعهد الدولى للقانون فى المجال الفرانكوفونى، فى مقر مجلس الدولة القاهرة فى سنة ١٩٩٨ لبحث موضوع (قاضى الإدارة والحقوق الأساسية فى المجال الفرانكوفونى) أوضح Gregoire Aleaye المستشار بالدائرة الإدارية بالمحكمة العليا فى دولة «بنين» أن المحكمة الدستورية قضت فى ٢٦ سبتمبر سنة ١٩٩٦ بأن حرية الذهاب والإياب تعتبر أحد أهم حقوق الإنساسن التى يكفلها الدستور، وأن حجز جواز سفر إحدى المواطنات بدون إذن السلطة القضائية يعتبر أمرا تحكميا ويحرمها من أحد «الحقوق الأساسية» التى يقرها ويحميها الدستور والميثاق الأفريقى لحقوق الإنسان.

(G. Alaye; Le juge administretif béninois et la liberté, (Le juge de l'administration et les droits fondamentaux dens l'espace francophone, p. 189).

ويجب النظر إلى الحبس الاحتياطى بوصفه إجراء يفرض على المتهم - الذي تفترض براءته وفقا للدستور حتى يصدر حكم قضائى بإدانته، وأنه يتناقض بذلك مع ما يتمتع به البرىء من حرية شخصية، إلا أن نظام الحماية الدستورية سمح بالتوازن بين حرية الشخصية والمصلحة العامة. ونظرا إلى خطورة هذا الإجراء على الحرية الشخصية للمتهم، فإن مشروعيته تتوقف على الضمانات التى يحيطه القانون بها لتأكيد جوهر هذه الحرية تطبيقا لأصل البراءة والذى لا يجوز التفريط فيه. وقد لوحظ أن الحبس الاحتياطى له ماض ملوث، فقد أسىء استخدامه في كثير من الدول وخاصة فى النظم التسلطية التى تتفوق فيها السلطة، بحكم نظامها السياسى. فبمقتضى هذا الإجراء يودع المتهم فى السجن خلال فترة التحقيق كلها أو بعضها ويتعرض لانتهاك كرامته الإنسانية بالصورة التى كان يتمتع بها وهو طليق السراح، وذلك بما يحدث لدى المتهم من أذى بليغ وصدمة عنيفة، تمس شخصه وشرفه وسمعته وأسرته ومصالحه، الأمر الذى يحقق به أضرارا بليغة يستحيل تعويضها[١]. لهذا كان ضروريا أن يحاط هذا الإجراء بأكبر قدر من الضمانات التى تكفل وضعه فى النطاق السليم لتأكيد أصل البراءة للمتهم رغم التناسب المراد تحقيقه بين الحرية الشخصية والمصلحة العامة. ولا شك أن عبارة (ضرورة التحقيق) التى وردت فى المادة ٤١ من الدستور تشير بجلاء إلى التناسب الذى يجب أن يراعيه المشرع عند تقرير الحبس الاحتياطى بين الحرية الشخصية والمصلحة العامة لتحقيق التوازن بينهما، والذى يجب تبعا لذلك أن تراعيه السلطة المختصة بالتحقيق.

ولما كانت ضرورة التحقيق هى الوجه الذى تتجسد فيه المصلحة العامة، فإن الحبس الاحتياطى يجب أن يهدف إلى ضمان سلامة التحقيق من خلال وضع المتهم تحت تصرف المحقق وتمكينه من استجوابه أو مواجهته كلما رأى محلا لذلك والحيلولة دون تمكينه من العبث بأدلة الدعوى أو التأثير على الشهود أو تهديد المجنى عليه، وبوجه عام مساعدة المحقق على كشف الحقيقة التى يبحث عنها. وقد لوحظ أنه تحت تأثير أفكار الدفاع الاجتماعى اتسع نطاق الهدف من هذا الإجراء لكى يشمل أيضا الوقاية أو الاحتراز، وذلك للحيلولة دون عودة المتهم إلى الجريمة المنسوبة إليه أو لوقاية المتهم من احتمالات الانتقام منه أو لتهدئة الشعور العام الثائر بسبب جسامة الجريمة، بالإضافة إلى ضمان تنفيذ الحكم عليه بالحيلولة دون هروبه. ونحن لا نقر هذا التوسع فى الهدف

---

(١) انظر مؤلفنا: الشرعية والإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٧٧، ص ٢٦١.

من الحبس الاحتياطى، حتى لا يتحول إلى تدبير احترازى يجعله فى مصاف العقوبات، مما يتعارض مع طبيعته الوقتية. فيجب ألا ينحرف الحبس الاحتياطى عن مصلحة التحقيق، أما مراعاة الشعور العام بسبب جسامة الجريمة فلا يجوز مواجهته بحبس أناس تفترض فيهم البراءة، وخاصة أن هذا الشعور العام قد يكون مصطنعا تحت تأثير الحملات الصحفية التى لا تستهدف غير الإثارة التى تبتعد عن المصلحة العامة. وقد تأكد هدف مصلحة التحقيق ـ دون غيره من الأهداف فى المادة ١٤٣/ ١ من قانون الإجراءات الجنائية التى نصت على سلطة محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة المشورة فى مد الحبس الاحتياطى إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك. ولا يجوز أن يكون محض تدبير احترازى لصيانة أمن المجتمع. وإذا كان الدستور قد نص على هذا الهدف بالإضافة إلى ضرورة التحقيق عند اتخاذ إجراءات مقيدة للحرية، (المادة ٤١)، فإن ذلك لم يكن بشأن الحبس الاحتياطى الذى يعتبر أخطر هذه الإجراءات المقيدة للحرية، ويترك للمشرع فى حدود سلطته التقديرية اختيار الهدف من هذا الإجراء فى إطار الدستور، وقد اختاره وحدده تحديدا، وهو مصلحة التحقيق (المادة ١٤٣/ ١ إجراءات).

وضمانا للتأكد من أسباب الحبس الاحتياطى أوجب القانون الألمانى فى الجنايات (المادة ١١٤/ ٢) أن يبين المحقق الوقائع التى اتخذها أساسا للحبس الاحتياطى، ونص على أن سبب الحبس الاحتياطى هو المحافظة على الأدلة للحظر، أو منع المتهم من الهرب وأن تقدير هذه الأسباب يكون وفقا لظروف كل حالة على حدة (المادة ١١٢/ ٢). وجاء القانون الألمانى بعد تعديله سنة ١٩٧٢ ونص على أنه يكفى الاستدلال من سلوك المتهم على توافر قرينة جسيمة على الحبس الاحتياطى. وقد قضت المحكمة الدستورية الألمانية بأنه يكفى لتبرير الحبس الاحتياطى توافر ظروف معينة تتعلق بقرينة الخشية من هرب المتهم أو خطر المساس بالمحافظة على الأدلة حتى ولو كان هذا الخطر لا يمكن إثباته بوقائع محددة ما دامت أنها غير مستبعدة وفقا لوقائع الدعوى، وكذلك الشأن بالنسبة إلى التخوف والجدوى من عودة المتهم إلى ارتكاب جرائم أخرى لها نفس الطبيعة.

وبالإضافة إلى هذه الضمانات الدستورية، فإنها تستخلص من أصل البراءة مجموعة أخرى من الضمانات التى حددها القانون لإجراء التوازن بين مقتضيات البراءة ومقتضيات القبض كإجراء جنائى من إجراءات التحقيق.

---

(١) انظر حكم المحكمة الألمانية فى ١٥ ديسمبر مشارا إليه فى مقال G. Grebing, Les problemes de la détention préventive en republique fédérale d'Allemagne, Rev. sc. crim 1975, p. 968 et 969.

وتتمثل هذه الضمانات القانونية التى تعتمد على أصل البراءة فيما يلى :

أ ـ القبض: سلطة القبض فى حالة التلبس يباشرها مأمور الضبط القضائى فى أحوال حددها القانون؛ إذ نصت المادة ٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية على أن لمأمور الضبط القضائى فى أحوال التلبس بالجنايات أو بالجنح التى يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذى توجد دلائل كافية على اتهامه .

ويتعين التمييز بين القبض القانونى الذى يباشره مأمور الضبط القضائى والقبض المادى الذى يباشره الأفراد للحيلولة دون فرار أحد الأشخاص، فمن تشهد ظروف الأحوال بارتكابهم جريمة ما، فيكون من الأجدر وضعه بين يدى السلطة المختصة بالتحقيق معه، وذلك تطبيقا للمادة ٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية التى نصت على أن لكل فرد شاهد الجانى متلبسا بجناية أو بجنحة يجوز فيها قانونا الحبس الاحتياطى أن يسلمه إلى أقرب رجال السلطة العامة دون احتياج إلى أمر بضبطه(١). ولا يجوز للأفراد ولا لرجال السلطة العامة احتجاز الشخص المضبوط لمدة أطول مما يقتضيه تسليمه إلى أقرب رجال السلطة العامة أو مأمورى الضبط القضائى حسب الأحوال .

ومن ناحية أخرى أجازت محكمة النقض لمأمور الضبط القضائى ـ ويميزه من رجال السلطة العامة بوصفهم من مأمورى الضبط الإدارى ـ استيقاف المشتبه فى أمره للتحقق من شخصيته(٢). وذهبت محكمة النقض إلى أن هذا الاستيقاف يبرر ملاحقة الشخص أثناء فراره للتحرى عن حقيقة أمره بشرط أن يدل هذا الفرار فى ذاته على الارتياب فى أمره(٣). وهذا الاستيقاف ليس قبضا، لأنه لا يجوز أن يقترن بأية محاولة لمنع الشخص من التنقل(٤)، لأنه ليس من إجراءات التحقيق بل هو إجراء إدارى بحت، مثال ذلك مطالبة المشتبه فى أمره بتقديم بطاقة الشخصية(٥).

كما يتعين التمييز بين القبض والإجراء التحفظى؛ إذ نصت الفقرة الثانية المادة ٣٥

---

(١) نقض ٤ أكتوبر سنة ١٩٥٥ ، مجموعة الأحكام س ٦ رقم ٣٥٢ ص ١١٠٦ .

(٢) نقض ٢٥ يناير سنة ١٩٧٩ ، مجموعة الأحكام س ٣٠ رقم ٣٠ ص ١٥٩ . وانظر الدكتور محى الدين عوض فى حدود القبض والحبس الاحتياطى على ذمة التحرى فى القانون السودانى، مجلة القانون والاقتصاد س ٦٢ (١٩٩٢) ص ٥١٤،

(٣) نقض ١٨ مارس سنة ١٩٦٨ ، مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ٦٠ ص ٣٢٨، ١٢ يناير سنة ١٩٧٥ س ٢١ رقم ١٨ ص ٨ .

(٤) نقض ١٦ مايو سنة ١٩٦٦ ، مجموعة الأحكام س ١٧ رقم ١١٠ ص ٦١٣ .

(٥) نقض ٥ يناير سنة ١٩٧٠ مجموعة الأحكام س ٢١ رقم ٩ ص ٤٣ .

من قانون الإجراءات الجنائية على أنه إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جناية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعد شديد أو مقاومة لرجال السلطة العامة بالقوة والعنف، جاز لمأمور الضبط القضائى أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وله أن يطلب فورا من النيابة العامة أن تصدر أمرا بالقبض عليه.

ب ـ تحديد مجال ممارسة سلطة التحقيق للأمر بالقبض على المتهم أو حبسه احتياطيا: يتوحد مجال سلطة القبض فى ذات مجال الحبس الاحتياطى وذلك فى مجال الجنايات والجنح المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة شهور (المادة ١٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية). وفى غير هذه الحالات يجوز الأمر بالقبض إذا لم يحضر المتهم بعد تكليفه بالحضور دون عذر مقبول، أو إذا خيف هربه، أو إذا لم يكن له محل إقامة معروف أو إذا كانت الجريمة فى حالة تلبس[1].

٢ ـ فى الحبس الاحتياطى

أ ـ لا يجوز تنفيذ أوامر الضبط والإحضار وأوامر الحبس الصادرة من قاضى التحقيق بعد مضى ستة شهور من تاريخ صدورها، ما لم يعتمدها قاضى التحقيق لمدة أخرى (المادة ١٣٩ إجراءات)، وهو ما يسرى على الأوامر الصادرة من النيابة العامة (المادة ١٩٩ إجراءات) وهو ما يسرى بحسب القواعد العامة على أوامر مد الحبس الاحتياطى الصادرة من محكمة الجنح المستأنفة المنعقدة فى غرفة المشورة، أو من المحكمة المختصة

(١) نصت المادة السابعة مكررا من قانون إنشاء محاكم أمن الدولة فى فقرتها الثالثة على أن يكون لمأمور الضبط القضائى إذا توافرت لديه دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها فى القسم الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات «المتعلق بجرائم الإرهاب»، أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة، وأن يطلب من النيابة العامة خلال أربع وعشرين ساعة على الأكثر أن تأذن له فى القبض على المتهم. وللنيابة العامة فى هذه الحالة ولأمر تستلتزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع أن تأذن بالقبض على المتهم لمدة لا تتجاوز سبعة أيام. ويجب على مأمور الضبط القضائى أن يسمع أقوال المقبوض عليه ويرسله إلى النيابة العامة المختصة بعد انتهاء المدة المشار إليها فى الفقرة السابقة، ويجب على النيابة العامة أن تستجوبه فى ظرف اثنتين وسبعين ساعة من عرضه عليها، ثم تأمر بحبسه احتياطيا أو إطلاق سراحه. وقد أضاف هذا النص أنه خول مأمور الضبط القضائى سلطة اتخاذ الإجراءات التحفظية المناسبة وطلب إصدار النيابة العامة الأمر بالقبض فى شأن جرائم لم يرد النص عليها فى المادة ٣٥ من قانون الإجراءات الجنائية. كما تضمن نص المادة السابقة من قانون إنشاء محاكم أمن الدولة إضافة ثانية هى جواز إبقاء المتهم المقبوض عليه لدى مأمور الضبط القضائى مدة تصل إلى سبعة أيام بإذن من النيابة العامة. كما أطال المدة التى يتعين خلالها على النيابة العامة أن تستجوب المتهم، ثم تأمر بالقبض عليه أو بإطلاق سراحه، فقد جعلها اثنين وسبعين ساعة فى حين أن المادة ٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية قصرت هذه المدة على أربع وعشرين ساعة.

طبقا للمادة ١٤٣ إجراءات، إذا تعذر تنفيذ أوامر المد بسبب هروب المتهم. هذا دون الإخلال باختصاص سلطة التحقيق بالأمر بالحبس وفقا للقواعد العامة فى تهمة الهروب التى قارفها المتهم. وقد نصت المادة، مكررا من القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بإنشاء محاكم أمن الدولة المعدل بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ على أنه يكون للنيابة العامة فى تحقيق الجرائم المنصوص عليها فى القسم الأول من الباب الثانى من الكتاب الثانى من قانون العقوبات بالإضافة إلى الاختصاصات المقررة لها ـ سلطات قاضى التحقيق، وسلطة محكمة الجنح المستأنفة منعقدة فى غرفة مشورة المنصوص عليها فى المادة ١٤٣ من قانون الإجراءات الجنائية.

ب ـ ولا يجوز حبس المتهم احتياطيا إلا بعد استجوابه. ويجب أن يكون الحبس الاحتياطى مؤقتا، فى حدود الحد الأقصى الذى بينه القانون، فقد نصت المادة ١٤٣/ ٣ إجراءات المعدلة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢. على أنه فى جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد مدة الحبس الاحتياطى على ستة شهور ما لم يكن المتهم قد أعلن بإحالته إلى المحكمة المختصة قبل انتهاء هذه المدة. فإذا كانت التهمة المنسوبة إليه جناية، فلا يجوز أن تزيد مدة الحبس الاحتياطى على ستة شهور إلا بعد الحصول ـ قبل انقضائها ـ على أمر من المحكمة المختصة بمد الحبس مدة لا تزيد على خمسة وأربعين يوما قابلة للتجديد لمدة أخرى مماثلة، وإلا وجب الإفراج عن المتهم فى جميع الأحوال.

وقد أوجب قانون الإجراءات الجنائية (المادة ١٤٣/ ٢) عرض الأمر على النائب العام إذا انقضى على حبس المتهم احتياطيا ثلاثة شهور وذلك لاتخاذ الإجراءات التى يراها كفيلة للانتهاء من التحقيق. وهو ما يدل بوضوح على الربط بين استمرار الحبس الاحتياطى ومصلحة التحقيق. وهذا النص له نظير فى قانون الإجراءات الجنائية الإيطالى (المادة ٩٧٢) ومن خلال هذا العرض يستعرض النائب العام مدى توافر مبررات الحبس الاحتياطى ويتخذ قرار الإفراج فى ضوء مصلحة التحقيق، حتى ولو كان منع الحبس صادرا بقرار من غرفة المشورة بناء طلب قاضى التحقيق.

جـ ـ وقد نصت المادة ٧١ من الدستور على حق المتهم أو غيره فى التظلم أمام القضاء من الإجراء الذى يقيد حريته الشخصية فى جميع الأحوال، وعلى أن ينظم القانون حق التظلم بما يكفل الفصل فيه خلال مدة محددة، وإلا وجب الإفراج حتما. وقد كان أصل هذه المادة فى مشروع الدستور ينص على عرض التظلم على رئيس محكمة الجنايات المختصة فى خلال مدة معينة، وكان المقصود منها هو الأخذ بنظام الـ «Habeas

Corpus» أى الأمر بإحضار المحبوس بذاته لبحث مدى مشروعية حبسه[1]. وتطبيقا لهذا النص صدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ فأجرى تعديلا على قانون الطوارئ كفل للمعتقل حق التظلم بعد مضى ثلاثين يوما من أمر الاعتقال أمام محكمة أمن الدولة العليا وأوجب على المحكمة أن تفصل فى هذا التظلم بقرار مسبب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديم التظلم وذلك بعد سماع أقوال المعتقل وإلا تعين الإفراج عنه فورا (المادة ٣ مكررا). وقد كفل هذا النص الضمان القضائى فى حالة تقييد الحرية بالطريق الإدارى (الاعتقال) طبقا لقانون الطوارئ. أما فى الأحوال العادية، فإن نصوص قانون الإجراءات الجنائية تكفل تحديد مدد القبض والحبس الاحتياطى والجهة القضائية المختصة بتقريرها أو مدها. ولكن يثور التساؤل فى حالة استمرار الحبس دون سند من القانون ودون تمكين صاحب الشأن من الطعن عليه. فى هذه الحالة يتعين على النيابة العامة بوصفها الأمينة على المصلحة العامة أن تأمر بالإفراج فورا عن المتهم، فإذا لم يتيسر ذلك تعين الالتجاء إلى المحكمة المختصة بنظر الجريمة المنسوبة إلى المتهم؛ بوصفها القاضى الطبيعى للدعوى للنظر فى مدى مشروعية الحبس الاحتياطى. ونرى وضعا للأمور فى نصابها التدخل بنص تشريعى صريح يؤكد هذا المعنى.

وترتكز هذه الضمانات القانونية على مبدأ التوازن بين مقتضيات المحافظة على النظام العام باستيفاء الحاجة إلى ضبط الجناة ومراعاة مصلحة التحقيق، وبين سائر الضمانات التى وفرها الدستور لحرية الانتقال. فالضمانات الدستورية لا تحول دون مباشرة إجراءات جنائية بقصد المحافظة على النظام العام (المصلحة العامة). ولا ضير فى أن تتفاوت الضمانات بقدر تفاوت جسامة الجريمة من حيث طبيعتها، طالما أنه قد وفر للمتهمين فى الجريمة ضمانات تحمى حقوقهم بغض النظر عن تفاوت هذه الضمانات مع المتهمين فى جرائم أخرى، طالما أن هذا التفاوت قد بنى على معيار موضوعى بهدف ضمان فعالية التحقيق. وهذا المعنى هو ما أكده المجلس الدستورى الفرنسى بشأن النصوص التى أجازت إجراءات خاصة للمتهمين فى جرائم الإرهاب[2].

---

(١) وقد أتى هذا النص فى مشروع الدستور بناء على اقتراحنا فى اللجنة الفرعية للحقوق والحريات المنبثقة من اللجنة التحضيرية للدستور.

(٢) انظر:

Décision No.86 -213 Dc du 3.9.1986, Rec., p.127.
Décision No. 93 - 326 Dc du 11.8.1993, Rec., p.217.
Décision No.93 - 334 Dc du 20. 1. 1994, Rec., p.27.

ويدق الأمر بالنسبة إلى الحبس الاحتياطى، لا بالنظر إلى مساسه بحرية الانتقال فحسب، وإنما بالنظر أيضا إلى مساسه بأصل البراءة فى المتهم. على أن الموازنة بين المصلحة العامة المتمثلة فى تحقيق حسن إدارة العدالة من خلال الحبس الاحتياطى محافظة على مصلحة التحقيق، تتطلب الإذن بالحبس الاحتياطى فى إطار من الضمانات التى تفيد أن الحبس الاحتياطى ليس إلا إجراء يرد استثناء على أصل عام هو حرية الانتقال، وأصل آخر هو براءة المتهم. ولهذا قرر المجلس الدستورى الفرنسى شرعية الحبس الاحتياطى[1]. وقضت المحكمة الدستورية الأسبانية بأن الحبس الاحتياطى يقع بين واجب الدولة فى مباشرة الاتهام بفاعلية، وواجبها فى المحافظة على حرية المواطن[2]. وقضت محكمة النقض المصرية أن استمرار اعتقال المتهم تنفيذا لقرار رئيس الجمهورية إعمالا للقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة رغم القضاء بعدم دستوريته بناء على حكم المحكمة الدستورية العليا فى الأول من إبريل سنة ١٩٧٨ فى القضية رقم ٥ لسنة ٧ قضائية، وهو حكم ينسحب على الوقائع السابقة عليه، يتسم بمخالفة صارخة للقانون ومشوب بعيب ينحدر به إلى مرتبة الفعل المادى المعدوم الأثر لما ينطوى عليه من اعتداء على الحرية الشخصية، فيصبح متجردا من صفة الإدارية وتسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الإدارية، ويختص بالتالى القضاء العادى برفع ما نتج عن هذا الإجراء المادى من آثار[3].

وطالما أن شروط الحبس الاحتياطى التى وضعها القانون تمثل إطار التوازن بين المصلحة العامة وحماية الحرية الشخصية، فإن الإخلال بهذا التوازن الذى يتحدد مناطه بالتناسب بين شروط الحبس الاحتياطى وبين المصلحة العامة، يخضع لرقابة المحكمة الدستورية العليا إذا كان عدم التناسب واضحا وظاهرا. ولا شك أنه من عناصر قياس التناسب الربط بين مدة الحبس الاحتياطى والسلطة الآمرة بها، وما إذا كانت جسامة الجرائم تعتبر عنصرا يبرر توسيع اختصاص السلطة الآمرة بالحبس الاحتياطى، ومدى تماثل المراكز القانونية للمتهمين بالجرائم على اختلاف جسامتها، ومدى علاقة جسامة الجريمة بمبررات الحبس الاحتياطى.

---

(١) Décision No.80 - 127 Dc des 19 et 20. 1. 1981, Rec., p.21.

(٢) انظر: Pierre cambot; la protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne, 1998, p.153.

وقد أشار إلى حكمين أحدهما فى سنة ١٩٨٢ و ١٩٨٧.

(٣) نقض مدنى فى ١٤ يونية سنة ١٩٩٠، مجموعة الأحكام س ٤١ قاعدة رقم ٢٢٤ ص ٢٩٩.

٢٦٩ـ (ثالثا) الحق فى الحياة الخاصة

القيمة الدستورية للحق :

نصت المادة ٤١ من الدستور على أنه فيما عدا حالة التلبس لا يجوز تفتيش أحد إلا بأمر وتستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة ، وذلك وفقا لأحكام القانون . ونصت المادة ٤٤ من الدستور على أن للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لأحكام القانون . ونصت المادة ٤٥ من الدستور على أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون . وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة ، وسريتها مكفولة ، ولا يجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائى مسبب ولمدة محددة ووفقا لأحكام القانون .

وتقرر هذه النصوص الثلاثة من الدستور المصرى حماية الحق فى الحياة الخاصة . وكما هو واضح من هذه النصوص ، فإن هذا الحق يمارسه الإنسان من خلال عدة مجالات هى كيانه الشخصى ويتمتع بحرمة الشخص (المادة ٤١ من الدستور) ، ومسكنه ويتمتع بالحرمة (المادة ٤٤ من الدستور) ، ومراسلاته وتتمتع بالحرمة (المادة ٤٥ من الدستور) ومحادثاته الشخصية وتتمتع بالحرمة (المادة ٤٥ من الدستور) .

على أنه بالإضافة إلى هذه الحرمة التى يقررها الدستور للحياة الخاصة ، فإن الحق فى الحياة الخاصة يعطى لصاحبه حق إضفاء طابع السرية على المعلومات التى تتولد عن ممارسة حياته الخاصة . وهذا المعنى الأخير هو الذى يميز الحياة الخاصة عن الحياة العامة التى يعيشها الفرد على مشهد من المجتمع ، والتى تتميز بالعلانية .

وفى هذا المعنى جاء فى حكم المحكمة استئناف باريس بتاريخ ٦ مارس لسنة ١٩٥٥ أن (ذكريات الحياة الخاصة لكل فرد تتعلق بقطعته الأدبية وأنه لا يملك أحد حقا فى نشرها ولو بغير نية الإضرار طالما كان ذلك بدون ترخيص صريح من صاحب الحياة التى يحكى عنها . هذا بينما أن الحياة العامة للفرد تخضع بغير شك إلى قواعد مختلفة)(١).

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أن ثمة مناطق من الحياة الخاصة لكل فرد تمثل أغوارا لا يجوز النفاذ إليها ، وينبغى دوما ألا يقحمها أحد ضمانا لسريتها وصونا

---

(١) Cour Paris 16 Mars 1955, D. 1955 J.C.P. 1955. 11. 8656, Gaz. pal.1955. I.396.

لحرمتها، ودفعا لمحاولة التلصص عليها أو اختلاس بعض جوانبها[1]. والحق فى إضفاء طابع السرية على المعلومات المستمدة من حرية ممارسة الحياة الخاصة حق أكده الدستور المصرى حين قرر بوجه عام فى الفقرة الأولى من المادة ٤٥ أن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون.

وتتكون حرمة الحياة الخاصة من عنصرين هما:

(١) حرية ممارسة الحياة الخاصة (La liberté de disposer de soi - méme).

(٢) الحق فى حماية الخصوصية الناتجة عن ممارسة الحياة الخاصة (La protection de l'intimeté) وهذا العنصر الثانى يتمثل فى حق كل إنسان فى عدم نشر أخبار حياته الخاصة إلا بموافقته، وحقه فى حفظ أسرار مراسلاته ومحادثاته الشخصية[2].

وهناك مجالات مختلفة للحق فى الحياة الخاصة تتمثل فى حرمة الشخص بدنيا ونفسيا وما يحمله معه، وحرمة المسكن، وحرمة المراسلات، وحرمة المحادثات الشخصية، ويصاحب هذا الحق حرية ممارسة الحياة الخاصة فى مجالاتها المختلفة، وقد تأكدت هذه الحماية بالإعلان العالمى لحقوق الإنسان (المادة ١٢) والعهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية (المادة ١٧)[3].

وفى الولايات المتحدة على الرغم مما نص عليه التعديل الرابع للدستور الأمريكى من حرية الشخص والمسكن وأوراقه ومتعلقاته الشخصية فى مواجهة التفتيش[4] إلا أن البحث انصب على مدى حماية الدستور الأمريكى لهذا الحق فى مواجهة التنصت على أسرار الحياة الخاصة. وقد ترددت المحكمة العليا الأمريكية فى تقرير هذه الحماية الدستورية[5]. إلى أن قضت فى ١٢ ديسمبر لسنة ١٩٦٧ بأن هذه الحماية تتوافر أيضا

---

(١) نقض ١١ فبراير سنة ١٩٧٤ فى الطعن رقم ٦٨ لسنة ٤٤ قضائية، مجموعة الأحكام س ٢٥ ص ١٣٨.

(٢) انظر: Luchaire, op. cit., p.90 et91.

(٣) ونصت على هذه الحماية أيضا الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة ١٩٥٠ (المادة ٨)، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٦٩ (المادة ١١). وقد أكد المجلس الدستورى الفرنسى أن الحق فى الحياة الخاصة يتضمن حرمة inviolabilité المسكن منذ قراره الصادر فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٨٣.

(Décision no 83-164 Dc du 29 décembre 1983, Rec. const. const., p. 67).

(٤) Marcus, Criminal justice reforms. in the United States, Revue Internationale de droit pénal,1993, p.1358.

(٥) انظر: François Rigaurx, l'élaboration d'un "Right of privecy" par la jurisprudence amiricaine, Rev, Internationale de droit comparé 1980, p. 701 - 730. Olmsted V.U.S., 277 U.S. 4381 les V.U.S. 343 U.S. 747 (1982).

فى مـواجهة التصنت التليفـونى[١]، ووصف بعض قضـاة المحكمـة العليا الأمـريكيـة التجسس على المكالمات التليفونيـة بأنه عمل غير شرعى، وقال عنه البعـض الآخر بأنه عمل قذر، وأن الدليل المستمد منه هو ثمرة شجرة مسمومة[٢].

وفى فرنسا، لوحظ أن المجلس الدستورى قد طعـن أمامه أكثر من مرة بأن القانون لم يحترم الحق فى الحياة الخاصة إلا أنـه لم يصدر قرارا صريحا يؤكد القيمة الـدستورية للحق فى الحياة الخاصة[٣]. ومع ذلك فقـد صدر قـرار ضمنى فى ١٢ ينـاير فى عـام ١٩٧٧ بعدم دستورية نص يخول لمأمورى الضبط القضائى ولمساعديهم اقتحام ا لحياة الخاصة، باعتباره مخالفا للحق فى الحرية الشخصية. كما قرر فى عام ١٩٩٦ دستورية النص الذى يجيز التفتيش فى مجال البحث عن مـرتكبى جرائم الإرهاب طالما كـان هذا البحث لازما لحماية المبـادئ والحقوق ذات القيمة الدستـورية[٤]. ويكشف هـذا القـرار الأخير عن أهمية التوازن بين القيم الدستورية المختلفة.

٢٧٠ــ الضمانات الـدستوريـة والقانـونية للمســاس بالحق فى الحيــاة الخاصة

أجاز الدستور المساس بحرمة الحيـاة الخاصة فى إطار نوعين من الضمانات، بعضها قررها الدستور ذاته، والأخرى حددها القانون.

---

(١) انظر:

Katz V.U.S., 389 U.S. 247 (1967) Rigaux, op. cit., p. 723.

وانظر الدكتور محمد أبو العلا عقيدة: فى «مراقبة المحادثات التليفونية» دار الفكر العربى سنة ١٩٩٣ ص ٧٣ وما بعدها.

(٢) انظر القاضى فرانكفورتر فى قضيته:

Nardone V.U.S. 338 (1939).

(٣) انظر:

14 Dec. 1982 73, 26 Jwllet1984,58.

وراجع فى ذلك:

Luchire, op. cit., p.92.

(٤) Décision No.96 - 377 Dc du 16.7.1997.

مشارا إليه فى:

Pierre Cambot, op. cit., p.183.

أ ـ الضمانات التى أوردها الدستور ذاته:

١ ـ حرمة الشخص ومسكنه :

لا يجوز المساس بحرمة الشخص ـ من خلال التفتيش ـ فى غير حالة التلبس ، إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة ، وذلك وفقا لأحكام القانون . وبالنسبة إلى حرمة المساكن فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب . وقد حددت المحكمة الدستورية العليا فى مصر نطاق الضمانات الدستورية التى يتمتع بها الحق فى حرمة الشخص ، والحق فى حرمة المسكن . فقالت بأن المشرع الدستورى قد فرق فى الحكم بين تفتيش الأشخاص وتفتيش المساكن فيما يتعلق بضرورة أن يتم التفتيش فى الحالتين بأمر قضائى ممن له سلطة التحقيق أو من القاضى المختص كضمانة أساسية لحصول التفتيش تحت إشراف مسبق من القضاء ، فقد استثنت المادة ٤١ من الدستور من هذه الضمانة حالة التلبس بالجريمة بالنسبة للقبض على الشخص وتفتيشه فضلا عن عدم اشتراطها تسبيب أمر القاضى المختص أو النيابة العامة بالتفتيش ، فى حين أن المادة ٤٤ من الدستور لم تستثن حالة التلبس من ضرورة صدور أمر قضائى مسبب ممن له السلطة فى التحقيق ، أو من القاضى المختص بتفتيش المسكن سواء قام بهذا الأمر بنفسه أو أذن لمأمور الضبط القضائى بإجرائه ، فجاء نص المادة ٤٤ من الدستور المشار إليه عاما مطلقا لم يرد عليه ما يخصصه أو يقيده مما مؤداه أن هذا النص الدستورى يستلزم فى جميع أحوال تفتيش المسكن التى تنبثق من الحرية الشخصية التى تتعلق بكيان الفرد وحياته الخاصة ومسكنه الذى يأوى إليه وهو موضع سره وسكينته ، ولذلك حرص الدستور فى الظروف التى صدر فيها على التأكيد على عدم انتهاك حرمة المسكن سواء بدخوله أو بتفتيشه ما لم يصدر أمر قضائى مسبب دون أن يستثنى من ذلك حالة التلبس بالجريمة التى لا تجيز ـ وفقا للمادة ٤١ من الدستور ـ سوى القبض على الشخص وتفتيشه أينما وجد ؛ يؤكد ذلك أن مشروع لجنة الحريات التى شكلت بمجلس الشعب عند إعداد الدستور كان يضمن نص المادة ٤٤ استثناء حالة التلبس من حكمها غير أن هذا الاستثناء قد أسقط فى المشروع النهائى لهذه المادة ، وصدر الدستور متضمنا نص المادة ٤٤ الحالى حرصا منه على صيانة حرمة المساكن على ما سلف بيانه . وانتهت المحكمة الدستورية العليا إلى أنه بناء على وضوح نص المادة ٤٤ من الدستور من عدم استثناء حالة التلبس من الضمانتين اللتين أوردهما ــ أى صدور أمر قضائى وأن يكون الأمر

مسببا ، فـلا يحق القول بـاستثناء حـالة التلبس من حكـم هاتين الضمانتين قيـاسا على إخراجهما من ضمانة صدور الأمر القضـائى فى حالة تفتيش الشخص أو القبض عليه ، ذلك بأن الاستثناء لا يقـاس عليه كما أنه لا محل للقيـاس عند وجود النص الـدستورى الواضح الدلالة .

واستخلصت المحكمـة فى ضـوء مـا تقـدم عـدم دستـوريـة المادة ٤٧ من قـانـون الإجراءات الجنـائية التى كانت تنـص على أن لمأمور الضبط القضائى فى حـالة التلبس بجناية أو جنحة أن يفتش منزل المتهم[1] .

وقـد قضت محكمـة النقض بأن المادة ٤٩ إجـراءات قـد خـالفت المادة ٤١ / ١ من الدستـور فيما نصت عليه من تخويل مأمـور الضبط القضائى الحق فى تفتيش الشخص إذا ما قامت ضده أثناء تفتيش منزل المتهـم قرائن قوية على أنه يخفى شيئا يفيد فى كشف الجريمة دون أن يصدر أمر قضائى ممن يملك سلطة إصـداره أو أن تتوافر فى حقه حالة التلبس[2] .

٢ـ حرمة المراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية :

أما بـالنسبة للمساس بالحق فى الحيـاة الخاصة من خلال الاطـلاع على المراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونيـة وغيرها من وسائل الاتصال ، فقد كفل الدستور ألا يتم ذلك إلا بأمر قضائى مسبب ولمدة محددة (المادة ٤٥)[3] .

ب ـ الضمانات التى أوردها القانون

١ـ بالنسبة إلى حرمة الشخص :

ـ يجوز لمأمور الضبط القضائى فى حـالة التلبس تفتيش الشخص . فقد نصت المادة ٤٦ من قانون الإجـراءات الجنائية على أنه فى الأحوال التى يجوز فيها القبض قـانونا على المتهم (وهى التلبس) يجوز لمأمور الضبـط القضائى أن يفتشه ، أى شخصـه ، فإذا كان

---

(١) الدستورية العليا فى ٢ يونية سنة ١٩٨٤ القضية رقم ٥ لسنـة ٤ قضائية «دستورية» . راجع مؤلفنا الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ، طبعة ١٩٨١ ص ٤٥٤ حيث قلنا إن المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية تخالف الدستور (المادة ٤٤) قبل أن يصدر حكم المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن .

(٢) نقض جنائى فى ١٥ سبتمبر سنة ١٩٩٣ ، مجموعة الأحكام س ٤٤ ص ٧٠٣ .

(٣) وقد اكتفت محكمة النقض بأن تكشف الأسباب عن جدية الأمر ، وأنه صدر بناء على تمحيص للوقائع التى تبرر إصداره ، وهو أمـر يقدره المحقق تحت رقابة محكمـة الموضوع (نقض ١١ يناير سنـة ١٩٧٦ ، مجموعة الأحكام س ٢٧ رقم ٩ ص ٥٢) .

المتهم أنثى، أوجب القانون أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى يندبها لذلك مأمور الضبط القضائى . وقد حددت المادة ٣٤ إجراءات الأحوال التى يجوز فيها القبض بأنها أحوال التلبس بالجنايات أو بالجنح التى يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر. وقد كان قانون الإجراءات الجنائية يخول مأمور الضبط القضائى سلطة تفتيش الشخص من تلقاء نفسه متى توافرت دلائل كافية على الاتهام، وفى حالة التلبس . وجاء الدستور المصرى الصادر لسنة ١٩٧١ فنص فى المادة ٤١ على إعطاء تفتيش الشخص للقاضى وللنيابة العامة عدا حالة التلبس، مما يعنى أن هذه الحالة وحدها هى التى تجيز تفتيش الشخص بغير أمر من القاضى أو النيابة العامة، ولهذا أصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية حتى يتفق مع مبادئ الدستور فقصر اختصاص مأمور الضبط القضائى فى تفتيش الشخص على حالة التلبس، مستبعدا حالة الدلائل الكافية .

أما فى غير حالة التلبس فقد أكد قانون الإجراءات الجنائية على ما نص عليه الدستور من اختصاص النيابة العامة والقاضى (قاضى التحقيق) بتفتيش شخص المتهم (المادة ٩٤ و ١٩٩ إجراءات)، وأضاف ضمانا خاصا بالأنثى هو وجوب إذا كان المتهم أنثى أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى يندبها لذلك (المادتان ٩٤ و ٤٦ إجراءات)، وهو ذات الضمان الذى يلتزم به مأمور الضبط القضائى عند تفتيش الشخص فى حالة التلبس . وقد أجاز القانون تفتيش غير المتهم إذا اتضح من أمارات قوية أنه يخفى أشياء تفيد فى كشف الحقيقة (المادتان ٩٤ و ٢٠٠ إجراءات) .

٢ ـ بالنسبة إلى حرمة المسكن :

تنصرف إلى حرية الشخص فى مسكنه، والتى تعطيه الحق فى اختياره، وفى تغييره، وفى استخدامه على الوجه الذى يريده .

ـ اشترط القانون بالإضافة إلى الضمان الدستورى أن يكون الأمر القضائى الصادر من قاضى التحقيق أو النيابة العامة بناء على اتهام موجه إلى شخص يقيم فى المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراكه فى ارتكابها ، أو إذا وجدت قرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة (المادتان ٩١/ ١ و ١٩٩ إجراءات) ولقاضى التحقيق أو النيابة العامة أن يفتش أى مكان ويضبط فيه الأوراق والأسلحة وكل ما يحتمل أنه استعمل فى ارتكاب الجريمة أو نتج عنها أو وقعت عليه وكل ما يفيد فى كشف الحقيقة (المادتان ٩١/ ٢ و ١٩٩ إجراءات) .

ـ اشترط القانون أن يحصل التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه عنه إن أمكن ذلك (المادتان ٩٢ و ٢٠٦ إجراءات).

ـ بالنسبة إلى تفتيش منزل غير المتهم الذى يقوم به قاضى التحقيق ، فإن صاحبه يدعى للحضور بنفسه أو بواسطة من ينيبه عنه إن أمكن ذلك (المادة ٩٢/ ٢ إجراءات) فإذا قامت به النيابة العامة تلتزم بالحصول مقدما على أمر مسبب بذلك من القاضى الجزئى بعد اطلاعه على الأوراق، ولا يجوز لها ذلك إلا إذا اتضح من أمارات قوية أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة (المادة ٢٠٦/ ٣).

جـ ـ بالنسبة إلى حرمة المراسلات والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال الشخصية:

فضلا عن الضمان الدستورى الذى نصت عليه المادة ٤٥/ ٢ من الدستور نص قانون الإجراءات الجنائية على الضمانات الآتية :

ـ يشترط فى المحادثات الشخصية محل الحماية أن تجرى فى مكان خاص (المادة ٩٥/ ١ إجراءات).

ـ يشترط للأمر الصادر من قاضى التحقيق أو النيابة العامة لضبط الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود لدى مكاتب البريد وجميع البرقيات لدى مكاتب البرق أو لمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لأحاديث جرت فى مكان خاص، أن تكون لذلك فائدة فى ظهور الحقيقة فى جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر (المادتان ٩٥ و ٢٠٦/ ٢ إجراءات).

ويشترط بالنسبة إلى النيابة العامة أن تحصل مقدما على أمر مسبب بذلك من القاضى الجزئى بعد اطلاعه على الأوراق (المادة ٢٠٦/ ٣ إجراءات).

ـ وفى جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط أو الاطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناء على أمر مسبب ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوما قابلة للتجديد لمدة أو مدد مماثلة (المادتان ٩٥/ ٢ و ٢٠٦/ ٣ إجراءات). وفى حالة صدور الأمر من القاضى الجزئى بناء على طلب النيابة العامة يختص هذا القاضى بالتجديد مدة أو مدد أخرى مماثلة (المادتان ٢٠٦/ ٣ إجراءات).

- يطلع قاضى التحقيق وحده على الخطابات والرسائل والأوراق الأخرى المضبوطة، على أن يتم هذا إذا أمكن بحضور المتهم والحائز لها أو المرسلة إليه، ويدون ملاحظاتهم عليها. وله عند الضرورة أن يكلف أحد أعضاء النيابة العامة بفرز الأوراق المذكورة، وله حسب ما يظهر من الفحص أن يأمر بضم تلك الأوراق إلى ملف القضية أو بردها إلى ما كان حائزا لها أو إلى المرسلة إليه (المادة ٩٧ إ جراءات).

فإذا كانت النيابة العامة هى التى قامت بالضبط أو المراقبة أو التسجيل كان لها أن تطلع على الخطابات والرسائل والأوراق الأخرى والتسجيلات المضبوطة على أن يتم هذا كلما أمكن ذلك بحضور المتهم والحائز لها أو المرسلة إليه وتدون ملاحظاتهم عليها. ولها حسب ما يظهر من الفحص أن تأمر بضم تلك الأوراق إلى ملف الدعوى أو بردها إلى من كان حائزا لها أو من كانت مرسلة إليه. (المادة ٢٠٦/ ٥ إجراءات).

وواضح مما تقدم أن قانون الإجراءات الجنائية قد تكفل بوضع قواعد واضحة مفصلة فى حالة المساس بالحق فى الحياة الخاصة. وفى هذا الصدد نشير إلى حكم صدر من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فى ٢٤ إبريل سنة ١٩٩٠ أوضح أن التصنت على المحادثات التليفونية يمثل مساسا جسيما باحترام الحياة الخاصة والمراسلات ويجب أن يعتمد على قانون يضع قواعد واضحة ومفصلة، وأدانت المحكمة التشريع الفرنسى لأنه لم يبين بدرجة كافية من الوضوح نطاق وأساليب ممارسة سلطة الجهة المختصة بمباشرة هذا الإجراء، وأنه على الرغم من وجود بعض الضمانات التى نص عليها القانون عند مباشرة هذا الإجراء، إلا أن النصوص الأخرى لا تقدم أية حماية قانونية كافية للحق فى احترام الحياة الخاصة، وأكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فى حكمها سالف الذكر أن النظام القانونى لم يقدم حتى هذه اللحظة ضمانات كافية ضد مختلف صور التعسف فى استعمال الحق، سواء فيما يتعلق بطبيعة الجرائم، أو حدود مدة تنفيذ الإجراء، أو شروط وضع المحاضر التى تثبت المحادثات المسجلة إلى غير ذلك من ضمانات، مما يعتبر مخالفة من التشريع الفرنسى للمادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[1].

---

(١) Cour Européenne des droits de l'homme, 24 Avr. 1990.

(انظر الدكتور محمد أبو العلا عقيدة، مراقبة المحادثات التليفونية، المرجع السابق ص ٢٨٤ و ٢٨٥).

المبحث الثالث

حقـــوق الدفـــاع

٢٧١ـ دور القضاء الدستورى

نصت المادة ٦٧/ ١ من الـدستور على أن المتهم بـرىء حتى تثبت إدانته فى محاكمـة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه. وبهذه الفقرة أكد الدستور حق الدفاع كشرط من شروط المحاكمة القانونية وأكده مرة أخرى فى المادة ٦٩/ ١ حين نص على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول. وهذا الحق سبق أن أكده الإعلان العالمى لحقوق الإنسان، والعهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية (المادة ١٤/ ٣).

ويعتبر حق الدفـاع الركيزة الجوهريـة للمحاكمة المنصفة؛ يـرتبط بأكثر من حق من الحقوق الدستـورية؛ فهو لصيق الصلة بـالحق فى افتراض البراءة، وهو حق لا ينفصل عن الحق فى المساواة الذى تـأتى المساواة فى الأسلحة بين الاتهام والدفاع مـن تطبيقاته. ولهذا، فإن احترام حق الدفـاع يعتبر ضمانا أساسيـا للعدالـة، بل إننا لا نتصور عـدالة تقوم مع انتهاك حـق الدفاع. واحترام هذا الحق يتطلب توفير عـدد من الضمانات التى تؤكده وتحافظ عليه تمكن من أدائه. وقد أعطت المحكمة الدستورية العليا فى مصر لهذا الحق قدره فقالت بأن تقـدير المحكمة الدستـورية العليا لضمانات الدفـاع، وإقرارها لأهميتها، كان واضحا وقاطعـا فى مجال تحديدها للشروط التى يتعين استجماعها لاعتبار العمل قضائيا، ذلك بما جرى عليه قضاؤها، من أن القرار الذى يصدر من جهة خولها المشرع ولاية الفصل فى نزاع معين، لا يكون قرارا قضائيا، إذا كانت ضمانة الدفاع غائبة عن النصوص القانونية التى تنظم هذه الولاية وتبين حدودها[1].

وبناء على ذلك أكدت المحكمة العليا الاتحادية دستـورية الحق فى الاستعانة بمدافع

---

(١) دستورية عليـا فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٦ لسنـة ١٣ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ٦ ص١٣.

طبقا للتعديل السادس للدستور الأمريكى، وأكدت المحكمة العليا أن الحق فى المدافع هو حق أساسى وضرورى للمحاكمة المنصفة[1]. وأجازت للمتهم أن يتنازل عن هذا الحق[2]، ومع ذلك فللمحكمة ألا تقبل من المتهم أن يدافع بنفسه دون الاستعانة بمدافع إذا رأت أن تنازله عن استخدام حقه فى الاستعانة بمدافع ينم عن سلوك غير قويم[3].

وفى فرنسا، أكد المجلس الدستورى فى مناسبات عدة القيمة الدستورية لحق الدفاع، على أساس أنه يعتمد على المبادئ الأساسية التى تعترف بها قوانين الجمهورية والتى تحوز قيمة دستورية بحكم الإشارة إليها فى مقدمة الدستور. ويلاحظ أن القرار الصادر من المجلس الدستورى فى ١٨ و ١٩ يناير سنة ١٩٨١ رغم تأكيده على تأسيس حق الدفاع على المبادئ الأساسية التى تعترف بها قوانين الجمهورية لم يشر إلى أى تحديد لتاريخ هذه القوانين[4].

وقد عنى المجلس الدستورى بتأكيد القيمة الدستورية لحق الدفاع فى مجالات متعددة ولم يقف عند مجرد مجال الإجراءات الجنائية[5].

وفى مصر، لم تتردد المحكمة الدستورية العليا فى تأكيد أن حق الدفاع اعتبره الدستور ركنا جوهريا فى المحاكمة المنصفة التى تطلبها فى المادة ٦٧ منه كإطار للفصل فى كل اتهام جنائى تقديرًا بأن صون النظام الاجتماعى ينافيه أن تكون القواعد التى تقررها الدولة فى مجال الفصل فى هذا الاتهام مصادمة للمفهوم الصحيح لإدارة العدالة الجنائية إدارة فعالة، وأن إنكار ضمانة الدفاع أو فرض قيود تحد منها يخل بالقواعد المبدئية التى تقوم عليها المحاكمة المنصفة والتى تعكس نظاما متكامل الملامح يتوخى صون كرامة الإنسان وحماية حقوقه الأساسية، ويحول بضماناته دون إساءة استخدام العقوبة بما يخرجها عن أهدافها. كما ينال الإخلال بضمانة الدفاع من أصل البراءة، ذلك أن افتراض براءة المتهم من التهمة الموجهة إليه يقترن دائما من الناحية الدستورية ـ ولضمان

---

(١) Gideon V. Wainwriaght, 372 U.S. 344 (1963).

(٢) Faretta V. California, 422 U.S. 806 (1975).

(٣) Faretta V. Calilornia, 422 U.S. 834 (1975).

(٤) راجع: Luchaire op. cit., p.394.

(٥) انظر بالنسبة للطعن فى قرارات قاضى تنفيذ العقوبات.
وانظر أيضا قرارات المجلس الدستورى فى المجالات غير الجنائية مشارًا إليها فى:
Luchaire p.495, 1986, p.128.

فعاليته ـ بوسائل إجرائية إلزامية تعتبر وثيقة الصلة بالحق فى الدفاع وتتمثل فى حق المتهم فى مواجهة الأدلة التى قدمتها النيابة العامة إثباتا للجريمة، والحق فى دحضها بأدلة النفى التى يقدمها[1]. وأضافت المحكمة الدستورية العليا أن دور ضمانة الدفاع فى تأمين حقوق الفرد وحرياته يبدو أكثر لزوما فى مجال الاتهام الجنائى باعتبار أن الإدانة التى قد يؤول إليها قد تفصل من الناحية الواقية بينه وبين الجماعة التى ينتمى إليها منهية ـ أحيانا ـ آماله المشروعة فى الحياة، ويتعين بالتالى أن يكون حق النيابة العامة فى تقديم أدلة الاتهام موازنا بضمانة الدفاع التى يتكافأ بها مركز المتهم معها فى إطار النظام الإجرائى للعدالة الجنائية كى يتمكن بوساطتها من مقارعة حجمها ودحض الأدلة المقدمة منها[2]، وهو ما يعبر عنه بالمساواة فى الأسلحة، كما بينا عند عرض مبدأ المساواة.

ولا تقتصر ضمانة الدفاع على مرحلة المحاكمة، بل تمتد إلى المرحلة السابقة عليها[3].

وبالإضافة إلى القيمة الدستورية لحق الدفاع[4]، فقد نال هذا الحق ضمانا دستوريا فيما يتعلق بعناصر هذا الحق وهى الإحاطة بالتهمة، والحق فى إبداء أقواله بحرية، والحق فى الاستعانة بمدافع والتوازن بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام، وكفالة محام عن المتهم بجناية. وفيما يلى نبين عناصر حق الدفاع ونستجلى الضمانات الدستورية والقانونية فى كل من هذه العناصر.

٢٧٢ ـ (أولا): الإحاطة بالتهمة وأدلتها

فالدفاع لا يكون فعالا ما لم يكن للمتهم حق فى أن يعلم بكل ما يتعلق به فى الدعوى. وبدون هذه المعرفة يضحى حق الدفاع مشوبا بالغموض فاقد الفاعلية. فلا يجوز أن تجمع الأدلة أو تفحص أو تناقش فى غيبة من الدفاع. وتتطلب فاعلية هذا

---

(١) الدستورية العليا فى ١٦ مايو لسنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، بالجريدة الرسمية، العدد (٢٣) فى ٤ يونية سنة ١٩٩٢.

(٢) الدستورية العليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ السالف البيان.

(٣) انظر: دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية» مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ص ٢٠٣.

(٤) Décision No. 76 - 70 Dc du 2 Décembre 1976, Rec. p.39, Favoreu, chtronique, Rev. Sc. Crim., 1978, p.274, Décision No. 80 - 127 Dc des 19 et 20 Janvier 1981, Rec. p.15.

وقد تشكك البعض فى إضفاء القيمة الدستورية على حق الدفاع فى المنازعات غير الجنائية. انظر:

Thierry Renoux; Le conseil constitutionnel et l'autorité, judiciaire, 1984, op. cit., p.362 et 363.

الضمان كفالة فى وقت معقـول حتى يتسنى للمتهم أن يحضر دفاعه عن بصر وبصيرة . وقد أكـدت هذا الحق المادة ٧١ من الدستور المصرى وقـد أشارت المادة ١٤/ ٣ (أ) من العهـد الدولى للحقـوق المدنيـة والسياسيـة لهذا الحق فيما تطلبتـه من إبـلاغ الفرد فـورا وبالتفصيل وفى لغة مفهـومة لديه بطبيعة وسبب التهمـة الموجهة إليه[١]. وعلى أساس من ضمان هذه الإحاطة ترتيب المبادئ الآتية :

(١) مبدأ المواجهة "le principe de la contradiction" فقد أصبح أصلا إجرائيا من أصول حقوق الدفاع[٢]. فالخصومة الجنائية تسعى لمعرفة الحقيقة، وهو ما يتوقف على مـواجهة الـدفـاع بالأدلـة المتوافـرة ضـده، مما يجعل لهذا المبـدأ فى حـد ذاته قيمـة دستورية[٣].

وقد نص قانون الإجراءات الجنائية المصرى على هذا المبدأ فى عدة مجالات . ففى مجال رفع الدعـوى الجنائية أمام المحكمـة فى الجنح والمخالفات بـدون تحقيق ابتدائى أوجب تحديد التهمة فى التكليف بالحضور أمام المحكمة (المادة ٢٣٣/ ٢)، أو توجيه التهمة إليه فى الجلسة من النيابة العامـة إذا كان حاضرا وقبل المحاكمة (المادة ٢٣٢/ ١). وأوجب تلاوة التهمة الموجهة إليـه بأمر الإحالة أو بورقة التكليف بـالحضور على حسب الأحوال (المادة ٢٧١/ ١) . وإذا رأت المحكمـة تعديل التهمـة بإضافـة الظروف المشـددة التى تثبت من التحقيق أو من المرافعة فى الجلسة، فعليهـا أن تنبه المتهم إلى هذا التغيير، وأن تمنحه أجلا لتحضير دفاعه بناء على الوصف أو التعديل الجديد إذا طلب ذلك . (المادة ٣٠٨/ ٣ إجراءات). ويفترض تعديل التهمـة قيامها على ذات الواقعـة الإجرامية عماد المتهم ولو أضيفت إليها عناصر واقعة جديـدة والتى أسماها القانون بالظروف المشددة . وننبه إلى عـدم جواز الخلط بين الأدلـة الجديدة لذات الـواقعة الأصليـة، وبين الظروف المشددة بالمعنى سالف الذكر، وبين الوقائع الجديدة التى تخرج عن صورة المحكمة .

---

(١) قضت المحكمة الدستوريـة الإيطالية فى ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٩٨ بعدم دستوريـة النص الذى يجيز إعلان الأعمال الإجرائية بواسطة البريد، وأنه على الرغم من سلطة المشرع التقديرية فى تحديد وسائل الإعلان، إلا أن جواز الإعلان بطريق البريد يصطدم بـالحد الذى لا يمكن تجاوزه من احترام حقوق الدفاع، لأنه يحول دون إحاطته بمضمون الإعلان (انظر: Annuaire Inter. justice constit. 1998, pp. 860 et 861).

(٢) انظر: Serge Guinchard, le procés équitable: droit fondamental? (L'actualité juridique, – Juillet Août 1998), p.200.

(٣) انظر حكم المحكمة الدستورية الإيطالية فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٩٨ بعدم دستوريته مشار إليه في:
Annuaire Internatinal de justice constitutionnalle, 1998, p. 864.

وفى مجال التحقيق الابتدائى اعتنق القانون المصرى مبدأ حضور الخصوم للتحقيق الابتدائى ووكلائهم (المواد ٧٧ و ٧٨ و ٧٩ إجراءات)[١].

وفى سبيل ذلك، أكد القانون للمتهم حق الاطلاع على التحقيق (المادتان ٧٧/ ١ و٢ إجراءات)[٢]. ويتطلب حق الاطلاع تمكين المتهم من الحصول على صور من كافة أوراق الدعوى، لأن العدالة تتأذى والمساواة فى الأسلحة بين الاتهام وحق الدفاع لا تتحقق إذا كان المتهم مجردا من كافة ما يحاك حوله من قراءة سريعة تتاح له فى وقت محدود لملف الدعوى الذى يحوزه المحقق، بينما يتمتع ممثل الاتهام بحرية كاملة فى حيازة هذا الملف ودراسته بروية لا تتاح للمتهم الأعزل الذى حجب عنه تصوير أوراقه.

ويسرى هذا المبدأ أيضا على أوامر التحقيق، فيجب أن تعلن إلى الخصوم (المادتان ١٤٥/ ٣ و ١٥٧).

(٢) شفوية المرافعة: ومقتضى هذا المبدأ وجوب تمكين المتهم من مناقشة جميع أدلة الدعوى شفويا أثناء التحقيق النهائى بالمحكمة، سواء بسماع الشهود أو بمناقشة جميع ما فى ملف الدعوى من أدلة، مما لا يجوز معه أن تمتنع المحكمة عن سماع شهود الإثبات إلا بقبول المتهم أو المدافع عنه أو إذا تعذر سماعهم (المادة ٢٨٩ إجراءات). كما لا يجوز للمحكمة أن تستند فى الإدانة إلى دليل غير مطروح على بساط البحث فى المحكمة، حتى يتاح للمتهم أو المدافع عنه مناقشته[٣]. ويتطلب تمكين المتهم من مناقشة جميع أدلة الدعوى تمكينه من ذلك، فإذا طلب لتحضير دفاعه التأجيل فلا يجوز رفض هذا الطلب إذا كان من شأن هذا الرفض حرمانه من الحق فى سماع دفاعه على هذا النحو، أو إحداث ضرر مؤكد بدفاع المتهم[٤]. فإذا كانت سرعة المحاكمة

---

(١) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٣ ص ٧١٩ وما بعدها، وص ٧٣٣ وما بعدها. وانظر الدكتور محمود نجيب حسنى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٨ ص٨٧٨ـ ٨٩٠. طبقا (للمادة ١٢٥) إجراءات يجب السماح للمحامى بالاطلاع على التحقيق فى اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة ما لم يقرر المحقق غير ذلك. وطبقا (للمادة ٧٧) إجراءات فإنه عند مباشرة التحقيق فى غيبة الخصوم، يبيح المحقق له الاطلاع على التحقيق.

(٢) انظر مؤلفنا الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية الطبعة السابعة (١٩٩٣) ص ٤٧٢ وما بعدها.

(٣) انظر فى تفصيل ذلك، مؤلفنا الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية طبعة ١٩٨٥ ص ٧٤٦ وما بعدها، نقض ١٥ إبريل سنة ١٩٨٧ فى الطعن رقم ٦٣٤٨ لسنة ٥٦ قضائية.

(٤) مثال ذلك ألا يكون المدافع قد تسلم بعض مستندات لها دلالتها فى الدعوى ويطلب مهلة معقولة لتقديمها، أو أن تثار واقعة أو يقوم دليل جديد أثناء المرافعة فيطلب الدفاع إمهاله لتقديم ما يدحضه وانظر فى ذلك G. Raigle; Le droit au procés équitable au dons l'espace francophone, op. cit., p. 615. والأمر فى النهاية متروك لتقدير المحكمة بما يؤدى إلى احترام حقوق الدفاع من أجل إقامة محاكمة منصفة.

ضمانا لعدالتها ، فإنه يجب إحداث التوازن بين هذا الضمان واحترام حقوق الدفاع ، ولا يجوز التفريط فى أحدهما على حساب الآخر.

وكل هذه المبادئ تدور حول تمكين المتهم من الإحاطة بالتهمة وأدلتها لإعداد دفاعه على الوجه السليم .

٢٧٣ـ (ثانيا): حق المتهم فى إبداء أقواله بحرية

يجوز للمتهم بنفسه أن يقدم ما شاء من دفاع شفوى أو كتابى وله أن يقدم المستندات المدعمة لدفاعه . ولا قيد على المتهم فى كمية ونوع المستندات التى يقدمها والتى يراها لازمة لدفاعه . ويفترض ذلك أن تعطيه المحكمة المهلة اللازمة لإعداد دفاعه . ومن تطبيقات ذلك ، ما نصت عليه المادة ٣٠٨/ ٣ من وجوب أن تمنح المحكمة المتهم أجلا لتحضير دفاع بناء على الوصف أو التعديل الجديد الذى وجهته المحكمة ـ إذا طلب المتهم ذلك .

كل هذا دون إخلال بحق المتهم فى الصمت ورفض الكلام أو الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه . وطالما كان حق الصمت من حقوق الدفاع فلا يجوز للمحكمة أن تستخلص من هذا الصمت قرينة ضده وإلا كان فى ذلك إطاحة بأصل البراءة وما تولد عنه من حقوق الدفاع[1]. وقد أوصى المؤتمر الدولى الثانى عشر لقانون العقوبات المنعقد فى هامبورج سنة ١٩٧٩ بأن المتهم له الحق فى أن يظل صامتا ويجب تنبيهه إلى هذا الحق .

ويتطلب حق المتهم فى إبداء دفاعه أن يتمتع بالحق فى استجوابه لأن الاستجواب ليس إجراء من إجراءات التحقيق لصالح الاتهام ، بل إن للمتهم حق فى أن يمكنه من إبداء دفاعه . ومن ثم ، فإن حرمان المتهم من حقه فى الاستجواب ينطوى على حرمانه من حق الدفاع . ويفترض هذا الحق عدم جواز تعذيب المتهم[2]. وكل قول يثبت أنه

---

(١) Jacques velu, et Rusen Ergec, Les conventions Européenn des droits de l'homme Bruzx-elles, 1990, p.470 No. 561.

(٢) وقد كان التعذيب فى العصور الوسطى أمرا طبيعيا حتى وصفه البعض بالاستجواب . وكان الدافع إليه هو الحصول على الاعتراف فى ظل نظام الإثبات السائد فى ذلك الوقت والذى كان يشترط الحصول على الاعتراف كدليل للإدانة (انظر فى الموضوع الدكتور سامى صادق الملا ، اعتراف المتهم ، رسالة دكتوراه ، سنة ١٩٧٨ ص ٢ وما بعدها) . إلا أن الاستجواب فى العصر الحديث تخلص من فكرة التعذيب بعد أن سادت وصدرت إعلانات بهذه الحقوق توجه الإعلان العالمى لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨ الذى حذر تعذيب المتهم (المادة ٥).

صدر من مواطن تحت وطأة التعذيب أو التهـديد بشيء منه يهدر ولا يعول عليه . ومن نـاحيـة أخرى ، فإن حق المتهم فى إبـداء أقـوالـه بحريـة لا يجيـز سماعـه شاهـدا ضـد نفسه(١). ولهذا لا يجوز للمحقق تأخير استجواب المتهم حيث يسمع كشاهد فى بعض الوقائع ضد نفسه . كما يجوز للشاهد أن يمتنع عن إجابة تنطوى على دليل ضده يحوله إلى متهم(٢). وفى ذات الوقت حظر القانون على المحكمة استجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك (المادة ٢٧٤/ ١ إجراءات)، فالأصل هو خطر الاستجواب أمام المحكمة حتى لا يقدم دليلا ضد نفسه . ومع ذلك سمح له بقبول الاستجواب إذا أراد ممارسة الدفاع عن نفسه .

ويتطلب سماع أقـوال المتهم بحريـة عدم تحليفـه اليمين أثناء الاستجـواب لما يمثله القسم من إكراه أدبى على حريته فى الكلام . وفى ذات الوقت لا يجوز إطالة الاستجواب بصورة قاسية ترهق المتهم وتؤثر فى إرادته(٣). ولا يجوز تقييد حرية المتهم فى إبداء دفاعه لمدة معينة يسقط بعدهـا حقه فى الدفاع . وتطبيقا لذلك ، قضت المحكمـة الدستورية العليا بعـدم دستوريـة الفقرة الثانيـة من المادة (١٢٣) من قانـون الإجراءات الجنـائية ، والتى تقيـد حق المتهم بالقـذف بطـريق النشر فى حق كل موظف عـام أو شخص ذى صفة نيابة عامة أو مكلف بخدمة عامة فى إثبات صحة الوقائع التى يسندها إليهم عند أول استجواب له وعلى الأكثر فى الخمسة الأيام التالية(٤).

٢٧٤ـ (ثالثا): الحق فى الاستعانة بمدافع

كفل الـدستور المصرى فى (المادة ٦٩) حق الـدفاع أصالـة أو بالـوكالـة . ومن ثم ، فيجوز للمتهـم أن يستعين بمدافع عنه فى جميع مراحل الـدعوى الجنائية ، وجميع مراحل المحاكمـة . وقد ذهـب المجلس الدستـورى الفرنسى إلى أن حق الشخص فى الاستعـانة بمحام خـلال حجزه garde á vue تعتبر من حقـوق الدفـاع مباشرة خـلال مرحلـة

---

(١) وقد نص على ذلك صراحة التعديل الخامس للدستور الأمريكى ويسمى الحق فى عدم اتهام نفسه.
The right against self incrimination (Charles H. whitebreal, Criminal procedure, 1980, p.256 - 280).

(٢) انظر فى الموضوع مؤلفنا؛ الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ص ٥٠٤ وما بعدها .

(٣) المرجع السابق ص ٥٢٠ . وانظر: Larjuier, Rev. inter. de droit pénal, 1966, p.155.

(٤) دستورية عليا فى ٦ فبرايـر سنة ١٩٩٣ ، القضية رقم ٣٧ لسنة ١١ قضائية «دستوريـة»، الجريدة الرسمية فى ١٨ فبراير سنة ١٩٩٣ (العدد ٧).

الاستدلالات[1]. وقضى المجلس الدستورى الفرنسى بأن حماية الشخص من الاتصال بمحـام خلال فترة حجـزه فى نـوع معين من الجرائم مع كفـالـة هذا الحق فى أثنـاء جمع الاستدلالات فى جرائم أخـرى مختلفة لا تقل جسامة عن هـذا النوع من الجرائم، يعتبر إنكارا لحق الـدفاع، ولحق المسـاواة بين الخصوم[2]. وفى صدد الإجـراءات الجنائيـة لم يشترط القانون فى الجنح والمخالفات أن يكـون للمتهم مدافع يستعين به، بل ترك ذلك لتقدير المتهم. على أنـه متى عهد المتهم إلى محام بمهمة الدفاع عنـه، فإنه على المحكمة أن تستمع إلى مـرافعته أو تتيح لـه الفرصـة للقيام بمهمتـه[3]. أما فى الجنايـات، فقد نصت (المادة ٦٧/ ٢) على أن كل متهم فى جنـاية يجب أن يكـون لـه محام يدافع عنـه. وأكد قانون الإجراءات الجنائية هذا المبدأ (المادة ١٨٨).

وقد استقـر قضاء محكمـة النقض على أن هـذا الضمان يجب أن تتوافـر به مقـومات الفاعلية والتى تتمثـل فى وجوب أن يتمكن محامى المتهم من متابعة إجـراءات المحاكمة بالجلسة مـن أولها إلى آخرها[4]، وفى حـرية المتهم فى اختيـار محاميه وأن حقـه فى ذلك

---

(١) 93-326 Décision du 11 août 1993, Recueit, op. cit., p. 552.

(٢) 89-260 Décision du 28 juillat 1989, Recueit, op. cit., p. 365.

(٣) فإذا طلب المحامى حجز القضية للحكم مع التصرف له بتقديم مذكرة بدفاعه، فإنه يجب على المحكمة إما أن تجيبه إلى طلبه أو تنبهه إلى رفض الطلب حتى يجدى دفاعه شفويا، فإذا لم تفعل ذلك تكون قد فصلت فى الدعوى بغير دفاع (نقض ٩ أكتوبر سنة ١٩٦٨، مجموعة الأحكام س١٨ رقم ١٩٠ ص ٩٤٣). وإذا حضر المحامى طالبا تأجيل نظر الدعوى للاطلاع والاستعداد، فإن المحكمة ليست ملزمة بإجابته إلى طلبه طالما أن المتهم قد أعلن فى الميعـاد القانونى (نقض ٣٠ يناير سنة ١٩٥٠، مجمـوعة الأحكام س١ رقم ٩٥ ص ٢٩٢، ٢٦ إبريل سنـة ١٩٥٥ س٦ رقـم ٢٦٩ ص ٩٠٣)، كل هذا ما لم تتبين المحكمة أنـه طرأ على المتهم أو محاميه عذر قهرى حال دون الاستعداد، فإن عليها فى هذه الحالة أن تمهله الوقت الكافى لتحضير دفاعه، وإلا كان حكمها مشوبا بالإخـلال بحق الدفاع (نقض ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد ص٤ رقم ٣٣٤ ص ٥٩٨). كما أنـه لا يجوز للمتهم طلب التأجيل بتوكيل محام إلا إذا حـال عذر قهـرى دون ا ستعداده للـدفاع عن نفسه (نقض ٢٨ مـارس ١٩٤٩ مجموعة القواعـد جـ٧ رقم ٨٥٤ ص ٨٥٨، ٢٣ مارس سنـة ١٩٥٤ س ٥ رقم ١٤٣ ص ٤٢٥)، أو دون حضور محام (نقـض ٢٢ مايـو سنة ١٩٦١ مجموعة الأحكام س١٢ رقم ١١٦ ص ٦٠٨، ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٢ ص ١٣ رقـم ٢٠٧ ص ٨٦٠).

(٤) ويتطلب ذلك أنه إذا وكل محام للدفاع عن المتهم وطلب إعادة سماع الشهـود الذين سمعوا فى غيابه تعين إجابتـه إلى طلبه (انظر نقض ٤ فبراير سنـة ١٩٥٢ مجموعة الأحكـام س٣ رقم ٢٥٤ ص ٦٨٤، ٨ مارس سنة ١٩٦٠ س١١ رقم ٤٤ ص ٢١٨، ٣١ أكتوبر سنة ١٩٦١ س ١٢ رقم ١٧٤ ص ٨٧٧، ٢٩ مارس سنة ١٩٦٤ س١٥ رقم ٤٥ ص ٢٢١، أول يـونية سنـة ١٩٦٤ س ١٥ رقم ٨٨ ص ٤٥٢، ٤ ينايـر سنة ١٩٧٦ س ٢٧ رقم ٢ ص ١٧).

مقدم على حق المحكمة فى تعيينه[١]، ووجوب ضمان عدم تعـارض بين المتهمين عنده وجدة الـدفاع عنهم[٢]، وحق المتهم فى إبـداء مـا يعن لـه من دفـاع رغـم استعـانتـه بمحام[٣]، ووجوب أن يكون المحامى قادرا على الدفاع[٤].

وفى صدد حـرية المدافع عن المتهم فى انتهـاج الأسلوب الملائم لـدفاعـه كان المشرع الفرنسى فى سنة ١٩٧١ قد أعطى للمحكمـة سلطة الحكم على المحامى إذا وقعت منه إحدى جرائم الجلسات، إلا أن التقاليد القضائية الفرنسية سارت على عدم تطبيق هذا النص إلا بصفة استثنائية احتراما لحرية المحامى فى الدفاع، حتى قيل بأن هذه التقاليد تجاوزت النصوص التشريعية وأصبحت جـزءا لا يتجزأ من المبادئ العامـة للقانون[٥]، ولهذا حاول البعض تعديل هـذا القانون لتأكيد حرية المحامـى فى الدفاع وإعطاء الحق فى مجازاة المحامى الذى يرتكب إحدى جرائم الجلسات لنقابة المحامين لا للمحكمة، إلا أن مناقشة المشروع انتهت بإعطاء الحق لرئيس المحكمة فى أن يأمر المحامى الذى يصدر منه سلوك غير لائق بمغادرة قاعة المحكمة[٦]. ولما طعن فى هذا النص بعدم الدستورية قرر المجلس الدستورى عدم دستورية هذا النص على أساس مخالفته لحقوق الدفاع[٧].

---

(١) فإن اختار المتهم محاميا، فليس للمحكمة أن تعين له مدافع آخر، إلا إذا كان المحامى المختار قد بدا منه ما يدل على أنه يعمل على تعطيل السير فى الدعوى (نقض ٢ أكتوبر سنة ١٩٦٧، مجموعة الأحكام س١٨ رقم ١٨٥ ص ٩٢٦).

(٢) فإذا كان فى الـدعوى أكثـر من متهم، وتعارضت مصـالحهم بحيث كان الـدفاع عن أحدهـم يستوجب الطعن فى الآخر، فيجب أن يكـون لكل متهم محام خاص، لأن تولى محام واحد للـدفاع عنهم ينطوى على إخلال بحقهم فى الدفاع. (نقض ٥ فبراير سنة ١٩٦٨، مجموعة الأحكام س١٩ رقم ٢٧ ص ١٥٤).

(٣) انظر نقض ١٤ يونية سنة ١٩٦٥، مجموعة الأحكام س١٦ رقم ١١٥ ص ٥٧٦.

(٤) كما إذا انتـدبت المحكمة المحـامى للـدفاع عن المتهم دون أن تتيح لـه الـوقت الكافى لـلاطلاع أو إعـداد دفاعه. ولا يمس قدرة المحامى على الدفاع أن يطلب الرأفة بالمتهم بدلا من الحكم ببراءته (نقض ٢٣ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد جـ٤ رقم ٣٤١ ص ٤٤٦، ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة الأحكام س١٩ رقم ٢٠٥ ص ١٠٠٨)، أو أن يكتفى المحامى بالانضمام إلى زميله المحامى (نقض أول إبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة القواعد جـ٣ رقم ٣٥٤ ص ٤٥٦).

(٥) انظر: Thierry Renourp, op. cit., p.372.

(٦) وكان وزير العدل الفرنسى قد اعترض على هذا المشروع قائلا أنه من المنتظر أن تحسم المحكمة فورا الإخلال بالنظام الذى حدث فى الجلسة وأن توقف الإجراءات حتى تفصل فيه نقابة المحامين، وانتهى الأمر بالنص الذى يعطى لرئيس المحكمة سلطة إبعاد المحامى الذى وقع منه الإخلال عن قاعة المحكمة.

(٧) انظر: Thierry Renoux, op. cit., p.373.

وقد اتجهت معظم التقـارير المقدمـة فى ندوة (العـدالة الجنائيـة وحقوق الإنسان فى وسط وغـرب أوروبا =

ويتفرع عن الحق فى الاستعانة بمدافع أن يكفل القانون الحق فى اختيار الشخص لمن يوليه ثقته من المحامين، وأن يظل هذا الحق محاطا بالحماية التى كفلها الدستور لحق الدفاع كى يحصل من يلوذ بهذا الحق على المعونة التى يطلبها معتصما فى بلوغها بمن يختاره من المحامين متوسما فيه أنه الأقدر ـ لعلمه وخبرته وتخصصه ـ على ترجيح كفته. وتطبيقا لهذا المبدأ قضت المحكمة الدستورية العليا بأن إنكار حق الشخص فى أن يختار من المحامين من يقدر تميزه فى الدفاع عن المصالح التى يتوخى تأمينها والذود عنها، لا يتمخض عن مصلحة مشروعة بل هو سعى إلى نقيضها، باعتبار أن فاعلية ضمانة الدفاع ينافيها ما قرره نص المادة ١٥ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ من حرمان فئة بذاتها من المحامين ـ من مباشرة مهنة المحاماة أمام المحاكم الجزئية والابتدائية وما فى حكمها لمجرد كون أفرادها يشغلون وظيفة بعينها أو كانوا قائمين بأعبائها، وذلك لما ينطوى عليه هذا النص من إنكار حق كل متقاض فى اختيار محام من بينهم يكون محل ثقة[١].

٢٧٥ ـ (رابعا): التوازن بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام

لضمان حق الدفاع يجب أن يتوازن مع الاتهام فى الحقوق بحيث يملك الوسائل الضرورية لتفنيد الأدلة المقدمة ضده بواسطة الادعاء، فضلا عن تقديم ما يعن له من أدلة لتأكيد براءته، وهو ما يخضع لمبدأ المساواة فى الأسلحة على النحو الذى بيناه فيما تقدم. ولهذا فإن الإخلال بحق الدفاع كثيرا ما يقترن بالإخلال بمبدأ المساواة.

وإذا كنا قد عرضنا لفكرة هذا التوازن عند بحث المساواة فى الأسلحة، إلا أن إعادة التأكيد عليه عند بحث حقوق الدفاع يرمز إلى أن مضمون حق الدفاع يتحدد بالتناسب مع ما يملكه الاتهام من حقوق انطلاقا من الأصل فى المتهم البراءة. وإذا كانت

= والاتحاد السوفيتى) فى سيراكوزا فى الفترة من ٢٤ نوفمبر إلى أول ديسمبر سنة ١٩٩١ إلى أن الدفاع يلتزم بواجب الولاء لموكله وأنه ليس فيما يؤديه مندوبا للمحكمة، بينما اتجهت بعض التقارير الأخرى إلى تقييد هذا الواجب وعدم جواز التجاء الدفاع للكذب، بينما اتجه البعض الآخر إلى التزام الدفاع بمعاونة العدالة، وهو ما يتفق مع الفقه الأمريكى فى هذا الرأى.

Trechsel, Ensuring the right to effective counsel for the defense, Rev inter, de droit pénal, 3 et 4 tr. 1992, p.722.

(١) الدستورية العليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٢، القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٤ يونية سنة ١٩٩٢ (العدد ٢٣).

المحكمة لا تملك إدانـة المتهم بأدلة الاتهام إلا على أسـاس اليقين القضائى، فإنها تملك تقرير بـراءته على أساس مجرد الشك فى هذه الأدلـة استصحابا على أصل البراءة. فحق الـدفـاع ينطلق من أصل عـام، بخـلاف الاتهام، مما لا يجوز معـه إعطـاء أى تفـوق للاتهام. هـذا إلى أن حق الدفـاع يرتكز على أسـاس دستورى، أمـا حقوق الاتهام فإنها ترتكـز على أساس تشريعى لتحقيق المصلحة العـامة. ولا شك أن المصلحة العـامة فى قمتها لا تتحقق بإحـاكة الأدلة فى الظـلام، فالشفافية والمصـداقية إطار لازم لا يتـوافر بدونه إعلاء حق الدفاع.

٢٧٦ـ (خامسا): كفالة محام عن المتهم بجناية

تنص المادة ٦٧/ ٢ من الـدستور على أن كل متهم فى جنـاية يجب أن يكـون له محام يدافع عنـه. وأكد قانون الإجـراءات الجنائية هذا المبـدأ (المادة ١٨٨). وهذا المبدأ وإن تعلق بحق الدفـاع، إلا أنه لا يتـوقف على مشيئة المتهم أو حـريته، بل هـو أمر يتعلق بالممارسة القضائية ذاتها أمام محكمة الجنايات. فهذه المحكمة التى تنظر جرائم جسيمة لابد أن تقترن المحاكمة أمامهـا عن الجنايات لوجود محام عن المتهم[1]. فإذا لم يكن له محام ندبت له المحكمة محاميا يدافـع عنه. ويجب ألا يكون الندب لمجرد استيفاء شكل من الأشكال، وإنما يجب أن يحقق الغايـة التى توخى الدستور تحقيقهـا بأن يحقق دفاعا فعالا عن المتهم. فـلا يتحقق هذا الضمان إذا لم تتح المحكمة الوقت الكـافى للمحامى المنتـدب فى الـدفـاع عن المتهم. كما لا يتحقق الضمان المذكـور إذا كـان المحـامى غير مسمـوح له بـالمرافعـة أمام محكمـة الجنـايـات. وبدون احترام هـذا الضمان لا تتحقق المحاكمة القانـونية (المنصفة) أمام محكمة الجنايـات. ويعتبر من قبيل عدم الفاعلية فى الدفاع أن يتولى محام واحد الدفاع عن متهمين رغم تعارض مصلحتهما.

هذا الضمان ليس مجرد مظهر شكلى فلا قيمة له ما لم تتوافر فيه مقومات الفاعلية[2]، وذلك على الوجه الآتى:

---

(١) دستوريـة عليا فى ١٦ مايـو سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٦ لسنـة ١٣ قضائية «دستـورية» مجموعـة أحكام الدستورية العليا، س ٥ (المجلد الأول) ص ٣٨٥.

(٢) قضى بأنـه متى كان الثـابت أن محاميا قـد حضر عن المتهم بجنايـة فإنه لا يجديـه أن يكون اسم المحـامى الثابت حضوره معه قـد وقع به خطأ مادى لأن مثل هذا الخطأ بفرض حصوله لا يـؤثر فى سلامة الحكم أو يبطله (نقض ٥ يناير سنة ١٩٧٠، مجموعة الأحكام س ٢١ رقم ٨ ص ٣٩).

١ـ يجب أن يتمكن محامى المتهم من متابعة إجراءات المحاكمة بالجلسة من أولها إلى آخرها: مما يجب معه أن يكون قد سمع الشهود قبل المرافعة. فإذا سمعت الشهود فى حضور محام آخر، ولما وكل عنه الدفاع عن المتهم طلب إعادة سماع الشهود فى حضوره تعين إجابته إلى طلبه تمكينا له من إعداد دفاعه الذى يقتضى مناقشة هؤلاء الشهود[1].

وإذا استمرت المرافعة عدة جلسات وحضر المحامى إحداها وغاب البعض الآخر كانت المحاكمة باطلة.

٢ـ الأصل أن المتهم حر فى اختيار محاميه، وأن حقه فى ذلك مقدم على حق المحكمة فى تعيينه، فإذا اختار المتهم محاميا، فليس للقاضى أن يفتات على اختياره ويعين له مدافعا آخر، إلا إذا كان المحامى المختار قد بدا منه ما يدل على أنه يعمل على تعطيل السير فى الدعوى[2]. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن اختيار الشخص لمحام يكون قادرا على تحمل أتعابه، وإنما يتم فى إطار علاقة قانونية قوامها الثقة المتبادلة بين طرفيها، ويتعين بالتالى أن يظل هذا الحق فى الاختيار محاطا بالحماية التى كفلها الدستور لحق الدفاع[3]. وإذا لم يحضر المحامى الموكل عن المتهم ورفضت المحكمة تأجيل نظر الدعوى لحضوره وندبت محاميا آخر يترافع فى الدعوى، فإن ذلك لا يعد إخلالا بحق الدفاع، ما دام المتهم لم يبد أى اعتراض على هذا الإجراء ولم يتمسك أمام المحكمة بطلب تأجيل نظر الدعوى حتى يحضر محاميه الموكل[4]. وإذا كان المتهم قد وكل اثنين

---

(١) انظر نقض ٤ فبراير سنة ١٩٥٢، مجموعة الأحكام س٣ رقم ٢٣٥ ص ٦٨٤، ٨ مارس سنة ١٩٦٠ س ١١ رقم ٤٤ ص ٢١٨، ٣١ أكتوبر سنة ١٩٦١ س ١٢ رقم ١٧٤ ص ٨٧٧، ٢٩ مارس سنة ١٩٦٤ ص ١٥ رقم ٤٥ ص ٢٢١، أول يونية سنة ١٩٦٤ س ١٥ رقم ٨٨ ص ٤٥٢، ٤ يناير سنة ١٩٧٦ س ٢٧ رقم ٢ ص ١٧، وقد قضى بأنه إذا كان المتهم لم يتمسك بضرورة حضور المحامى الموكل عنه سماع الشهود فى الجلسة الأولى، فلا يقبل منه النعى على المحكمة بأن محاميه لم يحضر إلا فى الجلسة التالية ولم يتناول ما استجد بالجلسة الأولى بحضور المحامى الذى أنابه (نقض ٢٣ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة القواعد جـ٧ رقم ٦١٥ ص ٨٩٣).

(٢) نقض ٢ أكتوبر سنة ١٩٦٧، مجموعة الأحكام س١٨ رقم ١٨٥ ص ٩٢٦.

(٣) دستورية عليا فى ١٦ مايو سنة ١٩٩٢ القضية رقم ٦ لسنة ١٣ قضائية «دستورية»، وبناء على ذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا فى الحكم المذكور بعدم دستورية نص المادة (١٥/ ١) من قانون المحاماة الذى حظر على الوزراء السابقين والمستشارين السابقين وأساتذة القانون بالجامعات المصرية المرافعة إلا أمام محكمة النقض وما يعادلها ومحاكم الاستئناف وما يعادلها ومحاكم الجنايات ومحكمة القضاء الإدارى.

(٤) نقض ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٦٨، مجموعة الأحكام س ١٨ رقم ٢٠٨ ص ٢٠١٨، ٢٩ إبريل سنة ١٩٧٤ س ٢٥ رقم ٩٤ ص ٤٣٨. قارن عكس ذلك نقض ٢٦ يولية سنة ١٩٩٠ الطعن رقم ٢٨٩٣٦ سنة ٥٩ق.

من المحامين للدفـاع عنه واتفق المحاميان على المشاركة فى إبـداء الدفاع وتقسيمه بينهما ثم حضر أحدهما الجلسة وتمسك بطلب تأجيل نظر الدعـوى لحضور زميله الذى حال عـذر قهـرى دون حضوره إلا أن المحكمـة التفتت عن هـذا الطلب رغم إصراره عليـه اكتفاء بحضـور المحامى الأول دون أن تبرر علة عدم إجـابة طلب التأجيل . فإن ذلك منها يعد إخلالا بحق الدفاع[1].

٣ـ يجب ضمان عـدم التعارض بين المتهمين عند وحدة الـدفاع عنهم : فإذا كان فى الدعـوى أكثر من متهم وتعـارضت مصالحهم تعـارضا فعليـا بحيث كان الـدفاع عن أحدهم يستوجب الطعن فى الآخر، فيجـب أن يكون لكل متهم محام خاص ، لأن تولى محام الدفـاع عنهم ينطوى على إخلال بحقوقهم فى الـدفاع[2]. فمثلا إذا اعترف أحـد المتهمين على نفسه وعلى غيره اعتبر هذا المتهـم شاهد إثبات ضد المتهـم الآخر فلا يجوز أن يتولى محام واحـد المرافعة عن المتهمين المذكـورين[3]. على أنـه إذا كان ثبـوت الفعل المكون للجريمة فى حق أى متهم لا يؤدى إلى تبرئة الآخـر من التهمة المنسوبة إليه ، فإن مصلحة كل منهم فى الدفـاع لا تكون متعارضة مع مصلحـة الآخر، وذلك بأن تعارض المصلحة الذى يوجب إفراد محام خاص لكل متهم يتولى الدفاع عنه أساسه الواقع ، ولا يبنى على احتمال مـا كـان يسع كل متهم أن يبـديـه من أوجـه الـدفـاع مـا دام لم يبـده بالفعل[4]. فإذا كان الثـابت من الحكـم أنه قـد انتهى إلى أن الطاعنين ارتكبـا معا فعل القتل واعتبرهما فـاعلين أصليين فى هذه الجريمـة ، وكان القضاء بـإدانة أحدهمـا ـ كما يستفـاد من أسباب الحكـم ــ لا يترتب عليه القضـاء ببراءة الآخر وهـو مناط التعـارض الحقيقى بحق الدفاع لا يعيب الحكم[5].

---

(١) نقض ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٧٤ مجموعة الأحكام س ٢٥ رقم ١٤٨ ص ٦٩١ .

(٢) نقض ١٨ مـارس سنة ١٩٤٦ مجموعـة القواعـد س ١٨ رقم ١١٣ ص ١٠٩ ، ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعـة الأحكـام س ٤ رقم ٢٠ ص ٤٧ ، ٣١ ينـايـر سنـة ١٩٥٦ س٧ رقم ٣٦ ص ١٠٤ ، ٣ نـوفمبر سنة ١٩٥٨ س ٩ رقم ٢١١ ص ٨٥٩، ٣٠ مارس سنـة ١٩٥٩ س ١٠ رقم ٨٢ ص ٣٦٩، ١٥ نوفمبر سنـة ١٩٦٢ س ١٣ رقم ١٧٢ ص ٧٠٧، ١٩ نـوفمبر سنـة ١٩٦٢ ص ١٣ رقم ١٨٢ ص ٧٤٥، ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٨ س ١٩ ٣٠٣١٩ ص ١٠٠٠ .

(٣) نقض ٢٤ يونيـة سنة ١٩٦٨ مجموعـة أحكام س ١٩ رقم ١٥١ ص ٧٥٠، مايـو سنة ١٩٩١ الطعن رقم ٥٥٤ لسنة ٦٠ ق .

(٤) نقض ٢٤ يونية سنة ١٩٦٨ ، مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ١٥١ ص ٧٥٠ .

(٥) نقض ٨ يناير سنة ١٩٧٩ مجموعة الأحكام س ٢٠ رقم ٤ ص ٢٤ .

٤ـ أن المتهم فى الدعوى هو الخصم الأصيل فيها : أما المحامى فمجرد نائب عنه . فحضور محام مع المتهم لا ينفى حق هذا الأخير فى أن يتقدم بما يعن له من دفاع أو طلبات ، وعلى المحكمة أن تستمع إليه ولو تعارض ما يبديه المتهم من وجهة نظر محاميه ، وعليها أن ترد على دفاعه . طالما كان جوهريا[1] .

٥ـ يجب أن يكون المحامى قادرا على الدفاع : إن اشتراط حضور محام مع المتهم فى جناية يجب أن يكون فعالا ، وهو ما لا يتيسر إلا إذا كان المحامى قادرا على الدفاع عن المتهم . فلا يجوز تشويه هذا الضمان واعتباره مجرد مظهر شكلى خال من المضمون . وتطبيقا لذلك ، فإن المحامى لا يعتبر قادرا على الدفاع إذا كانت المحكمة قد انتدبته فى الجلسة ولم تنح له الوقت الكافى للاطلاع حتى ولو قبل المحامى ذلك ، أو إذا ثبت أن المحامى كان جاهلا بالقانون الذى يحاكم المتهم بمقتضاه[2] ، أو أن يطلب من المتهم فى ختام المرافعة أن يعترف بالتهمة دون مبرر[3] ، أو أن ينضم إلى الاتهام نظرا لبشاعة التهمة ، فذلك موقف عاطفى انفعالى خال من أى مضمون للدفاع . على أنه لا يمس قدرة المحامى على الدفاع أن يطلب الرأفة بالمتهم بدلا من الحكم ببراءته[4] ، أو أن يكتفى بالانضمام إلى زميله المحامى[5] .

---

(١) انظر نقض ١٤ يونية سنة ١٩٦٥ مجموعة الأحكام س ١٦ رقم ١١٥ ص ٥٧٦ .

(٢) Lunce V. Ovnlade, F. 1957, George and others, P. X. 18.

(٣) Bovey V. Gransinger, 8th. Crim., C. of App. F. 1958 (George and others, P. X. 18.

(٤) نقض ٢٣ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد جـ٤ رقم ٣٤١ ص ٤٤٦ ، ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ٢٠٥ ص ١٠٠٨ .

(٥) نقض أول إبريل سنة ١٩٣٥ ، مجموعة القواعد س ٣ رقم ٣٥٤ ص ٤٥٦ .

الفصل الثـــالث
ضمانات المحاكمة المنصفة
فى مرحلة «المحاكمة»

٢٧٧ـ تمهيد

نعرض فيما يلى لضمانات المحاكمة المنصفة فى مرحلة «المحاكمة»، وهى من نوعين: نوع يتعلق بسير إجراءات المحاكمة، ونوع آخر يتعلق بإصدار الحكم.

المبحث الأول
الضمانات المتعلقة بسير إجراءات المحاكمة

٢٧٨ـ (أولا): علانية إجراءات المحاكمة

ينال هذا المبدأ قيمة دستورية، فقد نصت المادة ١٦٩ من الدستور المصرى على أن (جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب. وفى جميع الأحوال يكون النطق بالحكم فى جلسة علنية).

فمن خلال هذه العلانية تتضح لأطراف الخصومة حقوقهم والتزاماتهم فى المحاكمة الجارية لاستخدامها لضمان محاكمة قانونية (منصفة). فلهذه العلانية قيمة أساسية تسهم فى ضمان حياد الذين أناط بهم القانون مهمة القضاء فى الدعوى، وتكفل للمواطنين وسيلة التحقق من ضمانات المحاكمة التى بدونها تفقد طابعها القانونى (أو المنصفة). وبعبارة أخرى فإن الطابع العلنى لإجراءات المحاكمة هو وسيلة الرقابة الحالة لفاعلية العدالة. وفى هذا الصدد قال أحد الفقهاء الإنجليز بأن القضاة الإنجليز كانوا (أفضل قضاة العالم لأنهم كانوا أفضل الخاضعين للعلانية). وقد قيل بأن علانية

الإجراءات القضائية تخول المواطنين وسيلة التحقق مباشرة أو بواسطة الصحافة من توافر الشروط التى تتم فيها مباشرة القضاء باسمهم، وأن هذا الضمان يتجاوز إلى حد كبير الضمانات المخولة لأطراف الدعوى. وقيل بأن العلانية هى ضمان عدم الشك فى حياد القضاة بواسطة الجمهور(١).

وقد انتهت المحكمة العليا التى كانت تختص بالرقابة على دستورية القوانين إلى أن المادة ١٦٩ من الدستور التى نصت على علانية الجلسات تنطبق على الأحكام التى تصدر من المحاكم بالمعنى الضيق دون سواها من الهيئات القضائية(٢). ومن ثم، فلا تسرى العلانية على الأوامر الجنائية، ولا على مجالس التأديب.

ولا يستبعد هذا الضمان الدستورى إلا لحماية قيمة دستورية أخرى تتمثل إما فى حماية الحق فى الحياة الخاصة، أو فى حماية النظام العام أو الآداب.

وقد كفل الدستور حماية الحق فى الحياة الخاصة فى المادة ٤٥/ ١. وتطبيقا لذلك، نصت المادة ٨٧١ من قانون المرافعات على نظر دعاوى الأحوال الشخصية فى غرفة المشورة. ونص قانون العقوبات فى المادة ١٩٣ المضافة بالقانون رقم١١٢ لسنة ١٩٥٧ على حظر نشر أخبار بشأن التحقيقات أو المرافعات فى دعاوى الطلاق والتفريق أو الزنا، وعاقب على مخالفة هذا الحظر بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور وبغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

وقد أجازت المادة ١٠١ من قانون المرافعات للمحكمة سماع الدعوى فى جلسة سرية لحماية حرمة الأسرة. ويقصد بذلك كل ما يتصل بكيانها وشرفها، وهو أمر يدخل فى نطاق الحق فى الحياة الخاصة. ونص قانون العقوبات فى المادة ١٨٩ على معاقبة كل من نشر بإحدى طرق العلانية ذكر ما جرى فى الدعاوى المدنية أو الجنائية التى قررت المحاكم سماعها فى جلسة سرية.

كما كفل الدستور المصرى حماية النظام العام والآداب، فنص فى المادة ١٦٩ على أن جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام أو

(١) انظر هذه الأقوال مشارا إليها فى مؤلف:

Thierry Renoux, op. cit., 393, 394.

(٢) المحكمة العليا فى أول إبريل سنة ١٩٧٨ فى القضية رقم ١٧ لسنة ٧ قضائية عليا «دستورية».

الآداب . وقد أكدت ذلك المادة ٢٦٨/ ١ من قانون الإجراءات الجنائية فنصت على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بسماع الدعوى كلها أو بعضها فى جلسة سرية مراعاة للنظام العام أو محافظة على الآداب . كما نصت المادة ٨٥/ ٤ من قانون العقوبات على أنه يعتبر سرا من أسرار الدفاع الإجراءات التى تتخذ لمحاكمة مرتكبى الجرائم الماسة بأمن الدولة من جهة الخارج ، على أنه يجوز للمحكمة ــ مع ذلك ـ أن تأذن بإذاعة ما تراه من مجريات المحاكمة .

٢٧٩ـ (ثانيا) : سرعة الفصل فى الدعوى

نصت المادة ٦٨/ ١ من الدستور المصرى على أن تكفل الدولة سرعة الفصل فى الدعوى . ونصت المادة ١٤/ ١٣ (جـ) من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية على أن لكل فرد عند النظر فى أية تهمة جنائية ضده الحق فى أن تجرى محاكمته دون تأخير زائد عن المعقول . ونصت المادة ٦/ ١ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على وجوب أن تجرى المحاكمة خلال وقت معقول . وقد أكد هذا الضمان التعديل السادس للدستور الأمريكى ، ونص عليه التعديل الرابع لكى يطبق على جميع الولايات .

ويستند هذا الضمان إلى كل من المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمتهم .

فالمصلحة العامة تقتضى سرعة الانتهاء من المحاكمة الجنائية تحقيقا للردع العام الذى يتوخاه العقاب ، وهو أمر يتطلب السرعة فى توقيعه بعد وقوع الجريمة . هذا بالإضافة إلى عدم فاعلية الردع الخاص وإعادة تأهيل المجرم ، لأن التأخر فى ذلك يضعف جدواه . هذا إلى جانب ما تتكبده الدولة من نفقات بسبب طول الإجراءات[١] .

أما المصلحة الخاصة للمتهم فتتوافر فى وضع حد للآلام التى يتعرض لها بسبب وضعه موضع الاتهام ، مما يمس شرفه واعتباره وقدره بين الناس ، وخاصة فى ضوء علانية إجراءات المحاكمة ، وهى آلام نفسية تلحق به وبأسرته . كما أن انتظار المتهم وقتا طويلا للمحاكمة قد يؤدى إلى إضعاف قدرته على جمع الأدلة التى تفند أدلة الاتهام ، كما أنها قد تؤدى إلى إصابة الشهود بالنسيان مما يؤثر فى معرفة الحقيقة[٢] .

---

(١) انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية Barker V. wing مشارا إليه فى :
(407 U.S. 514, 519 - 520) Charles H.Whitebriead, Criminal procedures, New York, 1980.

(٢) انظر حكم المحكمة العليا الأمريكية فى قضية U.S.V.Ewill مشارا إليه فى المرجع السابق
(383 U.S. 116,86) p.475.

وقد عبرت عن ذلك المحكمة الدستورية العليا فى مصر [1] بقولها إن سرعة الفصل فى الدعوى جزء من الحق فى محاكمة منصفة، فلا يجوز أن يكون الاتهام متراخيا أو معلقا أمدا طويلا بما يثير قلق المتهم، ويعوق بالضرورة مباشرته للحقوق والحريات التى كفلها الدستور، وعلى الأخص ما تعلق فيها بحرية التعبير، وحق الاجتماع، والإسهام فى مظاهر الحياة العامة، وقد يلحق به احتقار فيما بين مواطنيه أو يفقده عمله، كما أن محاكمة المتهم بطريقة متأنية تمتد إجراءاتها زمنا مديدا، يعرقل خطاه، ويقترن بمخاطر تتهدد بها فرص الاتصال بشهوده، ويرجح معها كذلك احتمال اختفائهم، ووهن معلوماتهم فى شأن الجريمة حتى مع وجودهم، وهو كذلك يثير داخل كل متهم اضطرابا نفسيا عميقا ومتصلا، إذ يظل ملاحقا بجريمة لا تبدو لدائرة شرورها من نهاية، وقد يكون سببها أن الاتهام ضده كان متسرعا مفتقرا إلى دليل.

ولا يعنى هذا الضمان التسرع فى المحاكمة، فذلك عيب قد يؤذى المتهم، لأنه يحتاج إلى وقت لإعداد دفاعه. ولهذا فإن السرعة المطلوبة للفصل فى الدعوى هى السرعة المعقوله. فالحق فى سرعة المحاكمة لا يعنى تقويض بنيانها من خلال اختصارها واختزال إجراءاتها، بما يفقدها ضماناتها[2].

وقد حرص القانون المصرى على النص على هذا الضمان صراحة فى بعض النصوص. ومن أمثلة ذلك نص المادة ٢٧٦ مكررا إجراءات التى نصت على أن يحكم على وجه السرعة فى القضايا الخاصة بالأحداث والخاصة بالجرائم المنصوص عليها فى الأبواب الأول والثانى والثانى مكرر والثالث والرابع والرابع عشر من الكتاب الثانى من قانون العقوبات والجرائم المنصوص عليها فى المواد ٣٠٢ و ٣٠٣ و ٣٠٦ و ٣٠٧ و٣٠٨ من قانون العقوبات إذا وقعت بواسطة الصحف والقانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ فى شأن الأسلحة والذخائر المعدلة بالقانون رقم ٥٤٦ لسنة ١٩٥٤.

ويكون تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة فى القضايا المبينة بالفقرة السابقة قبل انعقاد الجلسة بيوم كامل فى مواد الجنح وثلاثة أيام كاملة فى مواد الجنايات غير مواعيد مسافة الطريق.

---

(١) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٦٤ سنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية العدد رقم ٨ فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨.

(٢) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ سالف الإشارة إليه.

ويجوز أن يكون الإعلان بواسطة أحد المحضرين أو أحد رجال السلطة العامة. وتنظر القضية فى جلسة تعقد فى ظرف أسبوعين من يوم إحالتها على المحكمة المختصة وإذا كانت القضية محالة على محكمة الجنايات يقوم رئيس محكمة الاستئناف المختصة بتحديد جلسة فى الميعاد المذكور.

ونصت المادة ١٢٣ / ٣ إجراءات على أنه لا يجوز تأجيل نظر الدعوى فى جرائم القذف بطريق النشر فى إحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات أكثر من مرة واحدة لمدة لا تزيد على ثلاثين يوما وينطق بالحكم مشفوعا بأسبابه. وقد كانت الفقرة الثانية من هذه المادة توجب على المتهم أن يقدم للمحقق عند أول استجواب له وعلى الأكثر فى الأيام الخمسة التالية بيان الأدلة على كل فعل أسند إلى موظف عام أو شخص ذى صفة نيابة عامة أو مكلف بخدمة عامة وإلا سقط حقه فى إقامة الدليل على صحة هذا الفعل (على النحو المشار إليه فى المادة ٣٠٢ / ٢ عقوبات)، إلا أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر قضت بعدم دستورية هذه الفقرة لما رأته من أن هذا القيد الزمنى يعتبر تقييدا لحق الدفاع (١).

ونصت المادة ٢١ من قانون مكافحة الدعارة لسنة ١٩٦١ على أن المحكمة تفصل فى الدعوى الخاصة بجرائمه على وجه الاستعجال فى مدة لا تجاوز ثلاثة أسابيع.

ويلاحظ أن هذه النصوص لا تحصر الأحوال التى تجب فيها سرعة الفصل فى الدعوى الجنائية، وإنما تذكر بوجه خاص أحوالا معينة على سبيل التخصيص وليس على سبيل الحصر. فسرعة الفصل فى الدعاوى فى ميعاد معقول واجب عام تلتزم به المحاكم تحقيقا لكل من المصلحة العامة والمصلحة الخاصة. ولاشك أن معقولية الموعد الذى يتعين فيه الفصل فى الدعوى يتوقف على ظروف كل قضية، فهى أمر نسبى يتوقف تحديده على واقعة كل دعوى، ويقع على عاتق قاضى الموضوع تقدير عناصر الواقعة وطبيعتها والتى يتوقف عليها تحديد الميعاد المعقول للفصل فى الدعوى. ويسهم بالإضافة إلى ذلك سلوك أطراف الدعوى (المتهم والادعاء) فى التعاون مع المحكمة لسرعة الفصل فى الدعوى. مع ملاحظة أنه لا يجوز التضحية بحق الدفاع فى سبيل هذه السرعة، لأن هذا الضمان لا يجوز أن يكون على حساب ضمان آخر.

---

(١) دستورية عليا فى ٦ فبراير سنة ١٩٩٣، الدعوى رقم ٣٧ لسنة ١١ قضائية «دستورية».

وقد ثـار البحث عن الجزاء المترتب على الإخلال بضمان سرعة الفصل فى الـدعوى، وقد اختلفت التشريعات فى هذا الصدد على النحو الآتى:

١ـ تحديـد فترة زمنية يجب خلالها الانتهـاء من المحاكمة مع بيـان الاستثناءات التى يجوز بسببهـا إطالـة هـذه الفترة. وهذه المدة تبـدأ منـذ التحقيق فى الـدعوى قبل بـدء المحـاكمـة. وقـد أجازت بعض التشريعـات رفض الاتهام (كما فى القـانـون الفيـدرالى الأمريكى) لسرعة المحاكمة الصادر سنة ١٩٧٤[١]. وفى هذا المعنى أصدرت المحكمة العليـا فى اليابـان فى ١٦ ديسمبر ١٩٧٤ حكما يقـول بأنـه إذا طالـت مدة الإجـراءات الجنائية مما ألحق الضرر بحق المتهم فى الدفاع عن نفسه ضد التهمة، فإن المحكمة يجوز لها أن تصدر حكما بعدم قبول الاتهام بناء على ما نص عليـه الدستور اليابانى من سرعة المحاكمة (المادة ٧٣/ ١)[٢].

٢ــ اتجـــهت بعض التشـريعات إلى بعـض الإجـراءات الـوقائيـة، مثل الحكم بالبطلان[٣]، أو تخويل رئيس المحكمـــة اتخاذ الخطـوات الـلازمـــة لسرعـة الفصل فى الدعوى[٤]. ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة ١٤٣/ ٢ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى التى جرى نصهـا على أنه يتعين عـرض الأمر على النـائب العام إذا انقضى على حبس المتهم احتياطيا ثـلاثة شهور، وذلك لاتخاذ الإجراءات التى يراها كفيلـة للانتهاء من التحقيق.

٣ـ تقريـر بعض الجزاءات التى تتمثل إما فى أن تقضى المحكمة بعـدم اختصاصها بنظر الدعوى التى طالت فيها إجـراءات المحاكمة، أو الحكم بالغرامة على المتسبب فى التأخير[٥].

---

(١) Harles H. Whitebread, Criminal procedure, An Analysis of constitutional cases and concepts, mineala, New York, 1980, p.478.

(٢) انظر التقرير اليابانى Hideo Niwayama
فى المؤتمر الدولى الثانى عشر لقانون العقوبات (هامبورج سنة ١٩٧٩).
Rev. inter. de droit pénale, 1978, No.3. p.220.

(٣) انظر التقرير النمساوى: Karl Muller, Rev. inter de droit pénal, 1978, No.3, p.53.

(٤) انظر التقرير اليوغسلافى: Mamcilo Garubac, Rev. inter de droit pénal, 1978, No.3, p.422.

(٥) انظر التقرير الكولومبى: Alfonso Reyes, Rev. Int. de droit pénal, 1978, p.102.

٤ـ تقادم الدعوى الجنائية إذا مضت المدة المقررة للتقادم منذ اليوم التالى لتاريخ آخر بإجراء من إجراءات الانقطاع . وقد كان قانون الإجراءات الجنائية المصرى ينص فى المادة ٣/١٧ على عدم جواز أن تطول المدة المقررة لانقضاء الدعوى الجنائية بسبب الانقطاع لأكثر من نصفها ، وذلك حتى لا يظل المتهم مهددا بالدعوى مهما تقادم العهد على الجريمة ، إلا أن هذه الفقرة ألغيت بالمرسوم بقانون رقم ٤٣٠ لسنة ١٩٥٢ .

وقد لاحظت لجنة حقوق الإنسان المختصة بتطبيق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أن نقطة البداية فى احتساب المدة المعقولة للمحاكمة يجب أن تحسب قبل دخول الدعوى حوزة المحكمة ، وأن ينظر إلى التاريخ الذى أصبح فيه الشخص متهما[١].

وتقديرا للتوازن بين مختلف الحقوق والحريات نصت المادة ٥٧ من الدستور على أن كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم . وتطبيقا لهذا النص ، جاء القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ فأضاف فقرة جديدة إلى المادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية نصت على أنه فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد ١١٧ و ١٢٦ و ١٢٧ و ٢٨٢ و ٣٠٩مكررا و ٣٠٩ مكررا من قانون العقوبات والتى تقع بعد تاريخ العمل بهذا القانون ، فلا تنقضى الدعوى الجنائية الناشئة عنها بمضى المدة[٢]. وقد راعى المشرع فى استبعاد هذا النوع من الجرائم من نطاق التقادم إهدارها لحقوق لها أهميتها ووزنها فى المجتمع الديمقراطى . وقضت محكمة النقض بأن مفاد النص الدستورى أن الاعتداء الذى منع الدستور وقوعه على الحرية الشخصية هو كل ما من شأنه تقييدها فى غير الحالات التى يقرها القانون ،

---

(١) قرار لجنة حقوق الإنسان فى ٩ مايو سنة ١٩٨٣ ـ مشار إليه فى مؤلف :

Jacques Velu, Rusinergec, La convention Européenne des droits de l'homme, Bruxelles, 1990, p.440.

(٢) يشير هذا النص إلى جرائم استخدام العمال سخرة، وتعذيب متهم لحمله على الاعتراف، ومعاقبة محكوم عليه بعقوبة لم يحكم بها أو بأشد مما حكم به، وحصول القبض بغير حق من شخص تزيا بدون زى مستخدمى الحكومة ، والاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للمواطن .

وقضت بأن نص المادة ٥٧ من الدستور صالح بذاتـه للإعمال من يوم العمل بالدستور دون حاجة إلى سن تشريع آخر أدنى فى هذا الخصوص(١).

وقد نصت بعض الاتفاقيات الدولية على عـدم تقادم الدعوى الجنائية فى نوع خطير من الجرائم. مثـال ذلك، اتفـاقيـة عـدم تقـادم جـرائم الحرب والجرائم المرتكبـة ضـد الإنسانية والصادرة من الجمعية العامـة للأمم المتحدة فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٦٨ والتى بدء نفاذها فى ١١ نوفمبر سنة ١٩٨٠.

المبحث الثانى
الضمانات المتعلقة بإصدار الحكم

٢٨٠ـ (أولا): لا عقوبة بغير حكم قضائى

نصت المادة ٦٦ من الدستور على أنه لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى. وقد بينا أنه يتعين لتطبيق قـانون العقـوبات البـدء بكشف الحقيقة من خـلال إجراءات معينـة ثم تحديد مضمـون حق الدولة فى العقاب بـواسطة الحكم القضائى، وهـو ما لا يتيسر إلا بواسطـة قضاء الحكم. فهذا الحكم هـو الذى يـؤكد لنصوص قـانون العقوبـات القوة والفاعلية عند مخالفتها، لأنه هو الذى يكفل فى هذه الحالة وضعها موضع التطبيق. وهذا هو صميم الوظيفـة القضائية ذاتها. وتبدو الحاجة ملحة إلى القضـاء فى تحديد مضمون حق العقاب فى مـواجهة المتهم؛ بالنظـر إلى ما ينطوى عليـه هذا التحديـد من مساس جسيم بالحريـة الشخصية. فإذا جاز للخصـم فى الدعوى المدنيـة أن يحصل على حقه بطريق الصلح، فإن ذلـك غير جائز فى الدعـوى الجنائية لتعلقهـا بحريـة المتهم. هذا مبدأ أصـولى فى القانون، ولا يحول دون تقريـره أى رغبة فى سرعة الإجراءات الجنـائية أو اختصارهافى الجرائم البسيطة، فإن أجاز القانونالصلح أو التصالح لإنهاء الدعوى الجنائية، فإن مبلغ الصلح لا يمكن اعتباره عقوبة بأى حال من الأحوال. فما الصلح إلا تصرف قانونى بين طرفين ولا يعتبر حكما صادرا باسم الشعب فاصلا فى الدعوى الجنائية.

---

(١) نقض مدنى فى ١٥ فبرايـر سنة ١٩٧٩، مجموعـة الأحكام س ٣٠ قـاعدة رقم ١٠٣ ص ٥٣٩ وقضى بأن المادة ٢٨٠ عقوبات من بين الجرائم التى يسرى عليها القانون ٣٢ لسنة ١٩٧٢. (نقض جنائى ٢٤ مارس سنة ١٩٧٥، مجموعة الأحكام س ٢٦ ص ٣٥٨.

وتكشف قاعدة أنه (لا عقوبة بغير حكم قضائى) عن مدى التلازم بين المحاكمة المنصفة، وشرعية الجرائم والعقوبات. فوفقا لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات لا جريمة ولا عقوبة ما لم تكن بناء على قانون. ولما كان القاضى هو المنوط به وحده تطبيق القانون وتأكيد فاعليته، فإنه بناء على ذلك، لا توقع العقوبة بغير حكم قضائى.

وتطبيقا لهذا، قررت المحكمة العليا [1] التى كان لها الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين، عدم دستورية نص المادة الأولى من القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٠ التى جعلت عقوبة الوضع تحت مراقبة الشرطة تتم بقوة القانون بشرطين معينين[2]، مما يفيد أن الشرطة هى الجهة المختصة بإعماله، وأوصت بتعديل القانون لكى يتفق مع الدستور. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا هذا المبدأ [3] وقضت بعدم دستورية هذا النص عندما لم يستجب المشرع لتوصية المحكمة العليا وفقا للتفسير سالف الذكر.

وتأتى أهمية الحكم القضائى الصادر بالعقوبة فى أنه هو الذى يضع حدا لأصل البراءة، طالما أصبح باتا أى غير قابل للطعن[4].

٢٨١ـ معالجة الدعوى الجنائية بغير قضاء الحكم

يقتضى التدخل فى الدعوى الجنائية تمحيص الأدلة، وفحص شخصية المتهم، وتهيئة جميع العناصر اللازمة لإصدار الحكم. ونظرا لما يستغرقه هذا البحث من إجراءات قد يطول مداها، اتجه التفكير إلى معالجة الدعوى الجنائية بغير طريق القضاء الجنائى أو بغير طريق القضاء كله.

أما عن استبعاد الدعوى من ساحة القضاء الجنائى، فهو يعكس اتجاها حديثا يسمى «بعدم العقاب Dépenalisation» [5] ويقصد بهذا الاتجاه إخراج الدعوى من

---

(١) المحكمة العليا فى ٥ إبريل سنة ١٩٧٥ فى طلب التفسير رقم ٥ لسنة ٤ قضائية عليا.

(٢) أولهما: أن تتوافر فى الشخص حالة الاشتباه المنصوص عليها فى المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ الخاص بالمتشردين والمشتبه فيهم. ثانيهما: أن يكون قد صدر أمر باعتقاله لأسباب تتعلق بالأمن العام.

(٣) دستورية عليا فى ١٥ مايو سنة ١٩٨٢ فى القضية رقم ٢٩ سنة ٣ قضائية «دستورية».

(٤) دستورية عليا فى ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد ٢٩ فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧.

(٥) وقد ظهر هذا الاتجاه فى المؤتمر السادس لوزراء العدل فى أوروبا المنعقد سنة ١٩٧٠. انظر: =

اختصـاص القضاء الجنـائى لكى تـدخل فى اختصاص القضـاء المدنى أو الإدارى مع تجريدها من العقوبات المقررة لها واعتبارها قابلة لجزاءات أخرى غير عقابية .

ويرى البعض أن هناك حاجة سريعـة إلى تطبيق هذا الاتجاه فى الجرائم التى لا يوجد فيها مجنى عليهم أو فى جـرائم الأحداث . واقترح البعض فى الدول الإسكندنـافية ودول أوروبا الغربية «عدم العقاب» على جرائم المرور، والقذف ، والسرقة البسيطة ، والامتناع عن دفع النفقة [(١)].

وبالنسبة إلى إخـراج الدعوى الجنائية من نطـاق القضاء بأسره ، فهو اتجاه يهدف إلى المعالجة غير القضـائية للجرائم للتخفيف من حدة الإجـراءات الجنائية التقليديـة بقدر الإمكـان من خلال التـوفيق والتصالـح ، دون المساس بـوجوب الالتجـاء إلى الدعـوى الجنائيـة بإجراءاتها التقليـدية لمواجهـة الجرائم التى تمثل تهديدا جسيما للصـالح العام . ويؤدى هذا الاتجاه إلى التقليل من عـدد الأشخاص الذين يتعرضون لـلإجراءات الماسة بالحرية الشخصيـة بسبب إمكان تقديمهم للمحـاكمة أمام القضاء الجنـائى . وقد بدأ الخروج عن السير الطبيعى لـلإجراءات الجنـائية فى نهايـة القرن التـاسع عشر وفى أوائل القرن العشرين ، حين بدأت بعض التشريعات فى تنظيم محاكم خاصة للأحداث تكفل إبعادهم عن جو المحاكمة الجنايئة ، ومعـاملتهم على نحو أقل شدة . وامتد نطاق هذه المعاملـة الخاصة إلى البالغين فى ضوء شخصيتهم الإجـرامية تحت تأثير تعاليم السيـاسة الجنائية الحديثة التى بدأت منذ المدرسة الوضعية .

وتتمثل معظم تجارب الـدول فى الخروج على الإجـراءات الجنـائيـة التقليـديـة التى يباشرها القاضى ، فى إحدى وسيلتين هما :

١ـ التدخل الاجتماعى ، وذلك عن طريق الأسرة أو الجماعة لحل المشكلة المترتبة على الجريمة فى مجالها الخاص بعيدا عن تدخل الشرطة أو القضاء .

Nations Unies; document A/Conf. 65/4, législation criminelle, procédures judiciaires et = autres forms de controle social dans la prévention du crime, document de travail présenté au 5é congrés des Nations Unies pour la prévention de crime et le traitement des délinquants.p.55-65.

(١) انظر وثيقة الأمم المتحدة المشار إليها فى الهامش السابق .

وقـد تتدخل الشرطـة فتحيل المشكلـة المترتبـة على الجريمة إلى الأسرة أو إلى الجماعـة لحلها بدلا من رفع الأمر إلى النيابة العامة .

٢ـ الفصل فى الدعوى بغير حكم عن طريق إنهائها فى المرحلة الأولى من الإجراءات الجنائية عن طريق الصلح الجنائى فى الجرائم البسيطة ، كبديل عن رفع الدعوى الجنائية أمـام المحكمة ، وهـو ما تـوسع فيه التعـديل الجديـد لسنة ١٩٩٨ لقـانون الإجـراءات الجنائيـة ، أو عن طريق منح النيـابة العامـة سلطة تقـدير مدى مـلاءمة رفع الـدعوى الجنائية إلى المحكمة .

ونظـرا إلى أن الالتجاء إلى هـاتين الوسيلتين قـد يمس مبـدأ المساواة أمـام القانـون ، فيجب أن تخضع لمبادئ عامة معروفة للجميع . وتتفـق الغاية من هذه الوسائل مع دور القاضى الجنائى فى المجتمع الحديث ، فهو ليس مجرد أداة لمعالجة المعلـومات القانونية ، وإعطاء الحلول للمشكلات المعروضة عليها[١] . وإنما يقوم بتحقيق غايـة اجتماعية هى إعادة تأهيل المجـرم للحياة الاجتماعية . وفى إطار هذا الـدور الاجتماعى للقاضى ، فإن ابتسار الإجراءات ، وعـدم عرضها على القضاء من أجل تحقيـق مصلحة اجتماعية ، لا ينطوى على المساس بضمان الفصل فى الدعوى بـواسطة القضاء . فهذا الضمان لا تبدو الحاجة إليه وفقا للشرعية الدستورية إلا عنـدما يحتاج الأمر إلى توقيع عقوبة على المتهم . هنـا تتعـرض الحريـة الشخصية للخطـر ممـا يتعين معـه حمايتهـا عن طـريق الإشراف القضائى على هذا الإجراء[٢] .

٢٧٦ـ الضمان القضائى فى التدابير المانعة

ويثور البحث حول أهمية الضمان القضائى فى الإجـراءات الجنائية التى تتخذ لفرض التدابير المانعـة ، وهى التدابير التى يقررهـا القانون لمواجهة الخطـورة الاجتماعية لبعض الأشخاص قبل ارتكابهم الجريمة ، مثل حالة التشرد ، وحالة الاشتباه ، والحالة النفسية المترتبة على الإدمـان على المخدرات . وقـد اختلف فى تحديد الإطـار الإجرامـى للتدابير

---

(١) Nations Unies. Document A/Conf.56/4.

(٢) HERZOE; Introduction juridique au probléme de l'état dangeraux, Deuxiéme Cours international de criminologie, Paris, p.345-535.

المانعة، فذهب البعض إلى ضرورة تنظيمها فى إطار الإجراءات الجنائية الإدارية. بينما ذهب رأى ثانى إلى اعتبار هذه التدابير المانعة من اختصاص المحكمة المدنية وإبعادها عن النطاق الجنائى[1]، والواقع من الأمر أن دعوى التدبير المانعة تهدف إلى التحقق من واقعة متنازع عليها هى الخطورة الاجتماعية، وإلى اتخاذ تدابير ماسة بالحرية الشخصية وهو ما يوجب إخضاعها لإشراف القضاء. وشأن هذه التدابير فى المساس بالحرية شأن العقوبات ومن ثم يجب أن تكون بحكم قضائى. وقد نصت بعض التشريعات العربية على اختصاص القضاء بفرض هذه التدابير، مثال ذلك قانون الإجراءات الجنائية الكويتى (المادة ٢٣)، والقانون العراقى (المادة ٧٧) والقانون السودانى (المادتان ٨١ و ٨٣). وقد جرم القانون المصرى بعض صور الخطورة الاجتماعية مثل حالتى التشرد والاشتباه (المرسوم لقانون رقم ٩٨ سنة ١٩٤٥)، إلى أن أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكمها الصادر فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ [2] بعدم دستورية المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ سالف الذكر وبسقوط أحكام المواد المرتبطة بها، وهى المواد ٦ و ١٣ و ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥، وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ٤٨ مكررا من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات والتى تخول المحكمة الجزئية سلطة الحكم ببعض التدابير ضد ممن سبق الحكم عليه أكثر من مرة فى إحدى الجنايات المنصوص عليها فى هذا القانون[3].

ويلاحظ أن القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٠ فى شأن وضع بعض المشتبه فيهم تحت مراقبة الشرطة بناء على حالة الاشتباه إذا كان قد صدر أمر باعتقالهم لأسباب متعلقة بالأمن العام، كان قد أجاز لوزير الداخلية وضع المعتقل تحت مراقبة الشرطة لمدة سنتين بعد الإفراج عنه إذا توافرت فى شأنه حالة الاشتباه مع إعطائه حق التظلم أمام القضاء. ولما كان الوضع تحت مراقبة الشرطة يعتبر كالحبس طبقا للمادة العاشرة من قانون التشرد والاشتباه، فضلا عن مساسه بالحرية الشخصية، فإنه يعتبر من العقوبات، وبالتالى لا

---

(١) PINATEL, État dangeraux pré - delictuel et garanties de la liberté individuelle, Rev, Sc., Crim 1970, p.908.

(٢) فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ (العدد ٢).

(٣) دستورية عليا فى ١٥ يونية سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٤٩ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٧ يونية سنة ١٩٩٧ (العدد ٢٥).

يجوز فرضها إلا بحكم قضائى[1]. وهو ما قـررته به المحكمة العليـا التى كانت تختص بالرقابة على دستورية القوانين قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا .

ويثور البحث أيضـا ، عن شرعية المصادرة الإداريـة التى ترد على الأشيـاء التى تعد حيـازتها أو استعمالها جريمـة . ويـدق الأمر فى القـانـون المصرى نظـرا إلى أن الدستـور المصرى الصادر سنـة ١٩٧١ قد نص فى المادة ٣٦ على أنه لا تجوز المصـادرة الخاصة إلا بحكم قضائى . والواقع من الأمر، أن الملكية الخاصة المحمية بالضمان القضائى فى وجه المصادرة هى الملكية المشروعة التى يعترف بها القـانون ، هو ما لا ينطبق على الملكية غير المشروعة وهى التى ترد على الأشياء التى تعد حيازتها أو استعمالها جريمة . فما لا يعترف به القانون لا يحميه . ومن ناحيـة أخرى ، فإن المصادرة الإدارية التى ترد على أشياء يجرم القانـون مطلق حيازتها بسبب خطرهـا الذاتى على المجتمع مثل المخـدرات والمأكولات الفاسـدة ، فإنها تعتبر تدبيرا عينيا لمواجهـة الخطر المنبعث من مجرد حيـازتها ولا ترد على حق يحميه القـانون ، ومن ثم فهى لا تمس حـرية حـائزها . أما تلـك الأشياء التى يجرم القـانون حيـازتها أو استعمالها لعدم شروط معينـة مثل السلاح الـذى تتوقف مشروعيـة حيازتـه على الحصول على تـرخيص ، فإنها تصلح لأن تكـون محلا لحق يحميه القـانون ، وإن خضع استعمال هـذا الحق لشروط معينة ، وبـالتـالى فلا تجوز مصـادرتها إلا بحكم قضائى .

وكذلك الشأن بـالنسبة للغرامات الجمـركية التى نص عليها قـانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ والتى كانت المادة ١١٩ من هـذا القانون قبل تعديلها بـالقانون رقم ١٧٥ لسنة ١٩٩٨ تعطى لمدير عام الجمارك سلطة فرض هذه الغرامات ، فقد قضت المحكمة الدستـورية العليـا أن هذه الغرامـات لا تعتبر تعويضات مـدنية ، بل تعتبر عقـوبات بالمعنى القانـونى ، مما يتطلب أن يكون إيقاعهـا بعمل قضائى (حكم) طبقا للمادة ٦٦ من الدستور[2]. وجاء التعـديل الجديد للمادة ١١٩ إجراءات فجعل توقيع الغـرامات والتعـويضـات بأمـر جنائى وفقـا للقـواعـد والإجـراءات المنصـوص عليها فى قـانـون

---

(١) نادينا بهذا الرأى فى كتابنا (أصـول السياسة الجنـائية) سنة ١٩٧١ ص ٢٨٥ . وفى مقالتـا عن الضمانات الدستورية للحرية الشخصية (مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٧٢ ص ٣٧٣). وقد أخذت به المحكمة العليا فى ٥ إبـريل سنــة ١٩٧٥ ، مجلـة المحـامــاة س ٥٦ ص ٣٠(٢) فى القضيـة رقم ٣ لسنـة ١٠ قضـائيـة «دستورية» .

(٢) دستـورية عليـا فى ٢ أغسطس سنـة ١٩٩٧ فى القضية رقـم ٧٢ لسنة ١٨ قضـائيـة «دستوريـة»، فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٩٧ (العدد ٣٣).

الإجراءات الجنائية[1]. وطبقا لهذه القـواعد والإجـراءات إذا اعترض المتهم يسقط الأمر ويحاكم المتهم طبقا للقواعد العامة.

٢٨١ـ الأوامر الجنائية الصادرة من النيابة العامة

أجازت بعض التشريعات لغير القـاضى إصدار أوامر جنائية بالغـرامة، مثال ذلك قانون الإجـراءات الجنائية المصرى المعدل بـالقانون رقم ١٧٠ لسنـة ١٩٨٠. فقد أجاز لرئيـس النيابة أو وكيـل النيابة مـن الفئة الممتـازة بالمحكمة التـى من اختصاصهـا نظر الدعـوى إصدار الأمر الجنـائى فى الجنح، وفى المخالفـات بشروط معينة (المادة ٣٢٥ مكررا. وهذا النص لا يتفق مع مبدأ (لا عقوبة بغير حكم قضائى)، لأن الأمر الجنائى الصادر من النيابة العامة لا يعتبر بأية حـالة من الأحوال حكما قضائيا، لأنه يصدر من غير قاض وتتـوقف قوته على قبـوله ممن صدر ضـده بعدم الاعتراض عليه، وهـو ما لا يتفق مع طبيعـة الأحكام. وقـد توسع القـانـون رقم ١٧٤ سنة ١٩٩٨ بتعـديل قانـون الإجراءات الجنائية فى الأخذ بالأوامر الجنائية[2].

والصفـة القضـائيـة فى شخص القـائم بـالعمل هى ركن مفترض لإضفـاء الصفـة القضائية على هذا العمل. فالعمل القضائى بوجه عام لابد لوجوده قانونا أن يصدر من قاض يباشر ولاية القضـاء.. فالقاضى هو شخص العمل القضائى. والنيـابة العامة بـوصفها جـزءا من السلطـة القضائيـة، تتسم أعمالها بأنها صـادرة من إحدى جهـات القضاء، ولكنها لا تتسم بطبيعة قضاء الحكم الدقيق. ومن ثم فإن اعتبار أعمال النيابة العامـة ذات طبيعة قضائيـة لا يعنى بالضرورة إسباغ صفـة الحكم عليها، فليست كل أعمال السلطة القضائية أعمالا فاصلة فى النزاع.

وخلافـا لما نراه فيما سلف، فإن المحكمـة العليا (التى كان لها اختصـاص المحكمة الدستورية العليا)[3] انتهت بنـاء على طلب تفسير مقدم من وزيـر العدل إلى أن الأمـر القضـائى الصادر من النيـابة العـامة هـو بمثابـة حكم قضائى على أسـاس أن الحكم

---

(١) وبطبيعة الحال، إذا اعترض المتهم على هذا الأمر الجنائى تجرى محاكمته وفقا للقواعد العامة.

(٢) يلاحظ أن قـانون الإجراءات الجنائية فى ضـوء تعديلـه بالقانـون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ قـد جعل الأوامر الجنائية فى المخـالفات وجوبيا ممـا يتعين معه الحكم بعدم قبول الـدعوى الجنائية فى المخـالفات إذا رفعت بطريق التكليف بـالحضور. على أن هـذا الطريق يطبق فى حالـة الاعتراض على الأمر الجنـائى الصادر فى مخالفة، وبذلك يمكن التوفيق بين المادتين ٦٣، ٣٢٥ مكرر إجراءات.

(٣) المحكمة العليا فى أول إبريل سنة ١٩٧٨ فى الطلب رقم ١٥ لسنة ٨ قضائية عليا (تفسير).

الجنائى الذى توقع به العقوبة ـ وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٦٦ من الدستور ـ هو الحكم الذى يصدر ممن أسند إليه الشارع ولايـة القضاء فى المسائل الجنائية بشرط مراعاة ضمانات الـدفاع المقررة ، وأخصهـا التحقيق النهائى الـذى تجريه المحكمة فى مـواجهة التهم بعـد تمكنـه من الحضور لإبـداء دفـاعـه فى جلسة علنيـة إلا إذا رأت المحكمـة ـ استثنـاءً ـ جعل الجلسة سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب . واعتبرت المحكمة العليا الأمر الجنـائى بالعقـوبة يدخل فى مفهـوم الحكم القضائى على أسـاس أن النيابـة جهة قضائيـة فى ضوء المادتين ٤١ و ٧٠ من الدستور، وقـد خولها القانـون لسرعة الفصل فى القضايـا ، الحق فى إصدار أوامـر جنائية كفصـل فى الدعاوى الجنـائية البسيطـة . وقد أحاط القانون هذه الأوامـر بضمانات هى حق الاعتراض عليها . وفى هذه الحالة يسقط الأمر الجنائى المعترض عليه وتنظر الدعوى أمام المحكمة المختصة فى مواجهة بإجراءات عادية . ويـلاحظ بادئ ذى بدء أن المحكمة العليـا قد التجأت إلى تفسير المادة ٦٦ من الدستـور بمناسبـة طلب التفسير لا بمناسبة دعـوى دستورية ، وهـو ما لا تملكـه وفقا لقانونها الذى يحصر سلطتها فى تفسير التشريع بناء على طلب من وزير العدل ، ولا تملك تفسير الدستور إلا بمناسبة ممارسة رقابتها الدستورية من خلال الدعوى الدستورية ، وهو ما لم تفعله المحكمة العليا . ومن ثم ، تنحسر عن هذا التفسير صفته الإلزامية(١).

وخلافا لهذا الحكم قضى المجلس الدستورى الفـرنسى بعدم دستورية الأمر الجنائى injonction pénele الصادر من النيابة العـامة المنصوص عليه فى المواد من ٤٨/ ١ إلى ٤٨/ ٧ من مشروع قانـون الإجراءات الجنائيـة ، والتى كانت تجيز لـرئيس النيابة العـامة إصدار أمـر جنائى بمبلغ معين ، أو بإلـزام المتهم بالقيام ـــ بغير مقابل ـــ بأعمال معينة لصـالح شخص معنـوى عام أو لصـالح جمعيـة ذات نفع عـام لمدة لا تزيـد على ٤٠ ساعة ، وبتعويض المجنى عليه عن الضرر الذى تسبب فيه ، أو بمصادرة الشيء الذى استخدم فى ارتكـاب الجريمة أو كان معـدا لارتكابها عدا الأشيـاء التى يمكن أن تكون محلا للمطالبـة بردها . وكانت هـذه النصوص تشترط لصدور الأمـر الجنائى من رئيس النيابـة إقرار المتهم بالـوقائع المسندة إليـه ، وترتب على الأمـر الجنائى انقضاء الـدعوى الجنائية . وقـد أسس المجلس الدستورى قـراره على أساس أن موضوع هـذا الأمر فرض

---

(١) انظر المحكمة الإدارية العليا فى ٩ إبريل سنة ١٩٩٧ فى الطعن رقم ٣٤٠/ ٢٣ قضائية إدارية عليا .
وانظر: دستورية عليا فى أول مارس سنة ١٩٨٠ مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ١ ص ٢٠٩ .

جزاء لا يجوز تقريره إلا بحكم قضائى[1]، باعتبار أن القضاء هو الحارس الطبيعى للحريات، وأنه ينطوى أيضا على الإخلال بحقوق الدفاع، وبمبدأ التوازن بين حقوق الدفاع وحقوق الاتهام، وبمبدأ (قرينة) البراءة.

إلا أن شرعية الأمر الجنائى فى مصر تستمد من كونه نوعا من عرض الصلح الجنائى إن شاء المتهم ارتضاه وسدد الغرامة ونحوها، مما ورد فى هذه الأمر، وإن لم يشأ له قبوله اعترض عليه أمام المحكمة؛ وبمقتضى ذلك تباشر النيابة العامة الدعوى الجنائية أمام المحكمة طبقا للمادة ٣٢٧/ ٢ إجراءات. ومما يؤكد هذا النظر أن للمحامى العام ولرئيس النيابة، حسب الأحوال، سلطة إلغاء الأمر الجنائى الصادر من رئيس النيابة أو وكيل النيابة من الفئة الممتازة وهو ما لا يتصور إذا اعتبرنا الأمر الجنائى حكما قضائيا. ولهذا أحسن المشرع صنعا إذ نص فى الفقرة الأخيرة للمادة ٣٢٧ إجراءات المضافة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ على أنه لا يكون لما قضى به الأمر فى موضوع الدعوى الجنائية حجية أمام المحاكمة المدنية. وهذا النص يكشف طبيعة هذا الأمر وأنه ليس حكما يحوز أدنى حجية إيجابية حول الحقيقة، فما هو إلا سبب لانقضاء الدعوى الجنائية بغير حكم. هذا ما لم يحدث اعتراض على الأمر الجنائى، فيحاكم المتهم وفقا للإجراءات العادية للمحاكمة، تؤدى إلى حكم جنائى له حجيته وفقا للقواعد العامة. وبناء على ذلك فإنه إذا قبل المتهم الأمر الجنائى بعدم اعتراضه فإنه لا يتحول إلى حكم قضائى، وبالتالى لا تعتبر الغرامة المقررة به عقوبة مالية، ولا يعتبر الأمر الجنائى سابقة فى العود.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا[2] أن النيابة العامة إذ تمارس سلطة التحقيق، لا تعتبر جهة قضاء، ولا هيئة ذات اختصاص قضائى فى تطبيق المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، ذلك أن المشرع يعنى فى هذا النص أن يكون النزاع مطروحا أمام جهتين من جهات الحكم تستمد كلتاهما ولاية القضاء من قانون محدد لاختصاصها مبين لإجراءات وضمانات التقاضى أمامها، ويصدر الحكم على أساس قاعدة قانونية حاسما للخصومة بحيث يعتبر عنوانا للحقيقة فيما قضى به متى حاز قوة الأمر المقضى. وليس هذا شأن النيابة العامة عند مباشرتها سلطة التحقيق، ذلك أن ما تجريه فى هذا الخصوص ــ وإن كان

---

(١) Déc. no. 95-360 du 2 février 1995, Receuil, op. cit., p. 632.

(٢) دستورية عليا فى ٣ مايو سنة ١٩٨٦ فى القضية رقم ١٠ لسنة ٤ قضائية «تنازع».

يعـد عملا قضـائيا ـ إلا أنه لا يجعل منها جهة من جهـات الحكم التى تستقل وحدها بالفصل فى الدعوى الجنائية عند رفعها إليها .

٢٨٢ـ (ثانيا): تسبيب الأحكام

يثور البحث عما إذا كان تسبيب الأحكام يعتبر ضمانا دستوريا من ضمانات المحاكمة المنصفة ، أم أنه يعتبر مجرد ضمان إضافى يدخل فى حدود السلطة التقديرية للمشرع .

يرتكز البحث عن أهميـة هذا التسبيب . فإذا كان التسبيب مجرد ضمان للتحقق من قيام القضاة بـواجباتهم من الناحية التنظيميـة ، فإنه يدخل فى إطار مبـدأ الملاءمة ، مما يعتبر من صميم السلطة التشريعية .

وواقع الأمر، أن جميع ضمانات المحاكمـة المنصفة ، لا دليل على احترامها إلا أسباب الحكم التى تكشف عن مـدى التـزام المحكمـة بمـراعـاة هـذه الضمانـات . فهى المرآة الناصعة الجلية لمدى اتباع القواعـد والإجراءات التى نص عليها القانون ، ومدى احترام الضمانات التى أوجبهـا ، ومدى حسن تطبيق المحكمة للقانـون . فمن واجب القاضى أن يحدد القاعـدة القانونيـة الواجبة التطبيـق دون أن يشغل نفسه ببحث مدى عـدالتها داخل النظام القـانونى ، وعليه أن يطبق هذه القـاعدة القانونية على الـوقائع التى تثبت لـديه من خـلال محاكمـة منصفـة . على أن حكـم القاضى يجب أن يكـون نتـاج منطق قضـائى ينعكس فى أسبـاب الحكم ، التى يجب أن تكشـف سـلامـة تحديـد القـاضى لموضـوع الـدعوى وتكييـف النزاع . ومن خـلال هـذا التسبيب تتحقق حمايـة أطـراف الـدعوى من تحكـم القاضى لأنـه مكلف أن يكشـف فى أسبـاب حكمـه علة قضـائه والإجـراءات التى انتهت بـه إلى هـذا القضاء . فتبين أسبـاب الحكم العمليـة المنطقيـة للاستـدلال القضائى «raisonnemnt de syllogisme judiciaire» التى أجـرتها المحكمة ، وتؤدى وظيفتها فى التبريـر المنطقى للحكم . ومن خلال هذا التسبيب تظهر سائر العيوب التى تكشف عن عدم توافر المحاكمة المنصفة .

فبـدون الأسبـاب الواضحـة الكـاملـة المنطقية لا يمكن التحقق من قيـام محاكمـة منصفة ، بغض النظر عن وجوب التحقق من صحة تطبيق القانون . فما قيمة الضمانات التى أوجبها الدستور وأكدها القانـون ما لم يكفل القانون أداة تكشف مدى احترام هذه الضمانات؟ بل ما قيمة اشتراط حكـم قضائى بالعقوبة ، إذا لم تكن أسباب الحكم جزءا

جوهريـا فيه تكون دعامة لمنطوقـه وكاشفة لصحيح بنيانه؟ لهذا عنى الـدستور الإيطالى بأن ينص فى المادة ١١١/ ١ على أن كل الأعمال القضائية يجب أن تكون مسببة[١].

لقد ذهب البعض إلى اعتبـار أسباب الحكم أساسـا قانونيـا له[٢]، بدونها لا يكـون الحكم سليما من الناحية القانونية . وذهب البعض الآخر[٣] إلى أن الأسباب ضمان أولى وأكيد لحكمة وعدالة البراءة أو الإدانة . بينما ذهب فريق ثالث[٤] إلى أن أسباب الحكم هى ضمان لحيدة القضاء، لأنه بواسطتها يمكن مـراقبة أفكار القاضى والبواعث التى أدت إليها . بينما ذهب فريق رابع[٥] إلى أن تسبيب الأحكام ينبنى على مبدأ علانية المحاكمة .

وواضح ممـا تقدم أن جميع الأسـانيد التى قيل بها لتبريـر تسبيب الحكم ترتكـز على أهميـة هذا التسبيب للتحقق من تـوافـر بعض الضمانات الـدستـورية، سـواء تعلقت بالمحاكمة المنصفة، أو بحياد القضاء .

وبالإضافة إلى ذلك، فإن هذه الأسباب تتيح للمتهم حق الطعن على الحكم وإبداء دفاعـه أمام محكمة الطعن . وعلى الـرغم من أن توفير درجـة ثانية للمحـاكمة لا يعتبر ضمانا دستوريا، إلا أنه متى توافر حق الطعن لأحد الخصوم، أصبح بطريق غير مباشر ضمانا للخصم الآخر طبقا لمبدأ المساواة أمام القضاء .

٢٨٣ـ (ثالثـا): عدم جـواز محاكمة المتهم عن فعل واحـد أكثر من مـرة واحدة

نصت المادة ١٤/ ٧ من العهـد الدولى للحقـوق المدنية والسيـاسية على أنـه لا تجوز محاكمة أحد أو معـاقبة مرة ثانية عن جريمـة سبق أن صدر بشأنها حكم نهائى أو أفرج عنـه فيها طبقـا للقانـون "Non bis In Idem" . ووفقا لـلإجراءات الجنـائية للبلـد المعنى . وتأكـد هذا المعنى فى المادة ٨/ ٤ من الاتفـاقية الأمـريكية لحقوق الإنسـان التى

(١) انظر: Jean-Pierre Ancel, La rédaction de la décision de justice en France (juges et jugen-ments: Europe plurielle, op. cit., p. 98.

(٢) انظر: FAye; La cour de cassation, 1903, reproduction 1970, p. 1-16.

(٣) Motulsky (H.); Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile, Mélanges Roubier, T. 2, Paris, Dalloz Sireys 1961, p.175.

(٤) Damien Roets, Impartialeté et justice pénale, op. cit., p.408.

(٥) Merle et vitu, procédure pénale, op. cit., No.678.

نصت على أنـه متى حكم على شخص نهائيا بـالإدانة أو حكم لـه نهائيا بـالبراءة، طبقا للقانون فلا تجوز محاكمته ثانية عن الفعل نفسـه مرة ثانية ولو تحت وصف آخر. وتأكد أيضا فى البروتوكول السابع للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. كما تأكد هذا الضمان فى التعديل الخامس للدستور الأمـريكى والذى نص على أنه لا يجوز تعريض أى شخص لخطر العقاب مرتين عن الجريمة نفسهـا. على أن المحكمة العليا الأمريكية اعتنقت فى حكمها الصادر سنة ١٩٣٢ ما سمى بمعيار Blackburg الذى اعتبر أن هذا الضمان لا يحمى المتهم من توجيه الاتهام إليه مرة أخرى عن جريمة تحتوى على عنصر لم تتضمنه الجريمة السابقة[١]. وأكدت المحكمـة العليا سنة ١٩٩٣ هـذا المعيار واعتبرته أسـاسا لتحديد مدى شرعية الاتهامات اللاحقة للحكم[٢]. ولا يغير من ذلك أن تكون عناصر الجريمة الجديدة قد تضمنتها الجريمة التى صدر بشأنها الحكم السابق، وهو ما يحدث دائما وفقا للقوانين الأمريكية Rico et CCE[٣]. وهو ما لا يتفق مـع قوة الأمر المقضى للحكم الجنائى طبقا لقانون الإجراءات الجنائية المصرى، حيث نصت المادة ٤٥٥ على أنه لا يجوز الرجوع إلى الدعوى الجنائية بعد الحكم فيها نهائيا بناء على ظهور أدلة جديدة أو ظروف جديدة أو بناء على تغير الوصف القانونى للجريمة.

وقد احتل هـذا المبدأ تـدريجيا مكـانه كأحـد أهم المبادئ التى تحمى حقـوق الفرد. واهتمت نصوص الاتفاقيات الـدولية بإيراده، وأصبح من المبادئ المسلم بها فى كل من قانون العقوبات الداخلى وقانون العقوبات الدولى.

وعلى الرغم من أن هذا الضمان قد تضمنته المادة ٤٥٤ من قـانون الإجراءات الجنائية المصرى التى نصت على أنـه تنقضى الدعـوى الجنائيـة بـالنسبة للمتهم المرفـوعة عليـه والوقـائع المستندة إليـه بصدور حكـم نهائى فيها بـالبراءة أو بالإدانـة، إلا أن المحكمة الدستوريـة العليا قد رفعته إلى مصاف المبـادئ الدستورية، فقـد قضت بأن مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد وإن لم يرد صراحة فى الدستور إلا أنه يعتبر جـزءا من الحقوق الـوثيقـة الصلة بـالحريـة الشخصية، ويعتبر من الحقـوق التى يعتبر

---

(١) Blackburg V .U.S. 284 U.S. 299, 304 (1932).
وقد نص الدستور الألمانى على هذا الضمان (المادة ١٠٣ / ٣).

(٢) U.S.V. Dixon, 509 U.S. 688, 710 (1993).

(٣) Blakesley; Rapport Général Les systemes de justice criminelle face au défi du crime organisé, Revue Internationale de droit pénal 69 année érés, p. 63.

التسليم بها فى الدول الديمقـراطية مفترضا أوليا لقيام الدولـة القانونية[1]، وقد كان من ضمن ما استنـدت المحكمة الدستـورية العليا فى قضـائها بعدم دستـورية المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ بشأن المتشردين والمشتبه فيهم وبسقوط أحكام المواد المرتبطة بها، قول المحكمـة باعتبار المتهم مشتبها فيـه بناء على جرائمه السـابقة واعتبار سوابقـه دافعة لحاضره، أن ذلك (ينطوى على معـاقبة الشخص أكثـر من مرة عن فعل واحد، فقد حوكم عن جرائمه السابقة جميعها وتم استيفاء عقوبة كل منها، وليس ثمة جريمة أخرى قارفهـا ـ قوامها فعل أو امتناع ـ حتى تقام الـدعوى الجنائية عنها، وإنما تحركها حالته الخطرة التى افترض المشرع ارتكازها على سوابقه ورتبتها عليها)[2].

وواقع الأمر، أن عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحـد أكثر من مرة سوف يعرضه لعدةعقوبـات بسبب ارتكاب هذا الفعل، مما يتعارض مع مبـدأ التناسب فى العقاب. ولهذا، فإن هذا الضمان يرتكز فى ذات الـوقت على تأسيس التجريم والعقاب على مبدأ الضرورة والتناسب[3]. وهو ما سبق أن أوضحنـاه عند عرض الضمانات الـدستورية فى قانون العقوبات.

ويتطلب احترام مبدأ التناسب فى العقوبات مراعاة عدم تعدد العقوبات دون حدود إذا كون الفعل الـواحد جرائم متعـددة (حالـة التعدد المعنوى)، أو وقعت عـدةجرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة (حالة التعدد المادى). وقد

---

(١) دستورية عليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنـة ٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٣ يناير سنـة ١٩٩٢ (العدد ٤)، ٢ يناير سنـة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائيـة «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ (العدد ٢)، ٥ أغسطس سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٩٥ (العدد ٣٥)، ٢٢ مارس سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٣ إبريل سنة ١٩٩٧ (العدد ١٤)، ٥ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضيـة رقم ٢٤ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسميـة فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ (العدد ٢٩).

(٢) دستورية عليا فى ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنـة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣، (العدد ٢).

(٣) انظر:

Michel Pralus, A propos de la regle non bis In Idem, Valeur en droit interne de l'un de ses aspets: Non bis? (Archives de politique criminelle, No. 18, 1996, p.51).

وفى هذا المعنى المجلس الدستورى الفرنسى:

Dc du 12 Janvier 1989 no. 88 - 249, Recueil de juris. const. (1959 - 1993), p.345.

واجه المشرع المصرى هاتين الحالتين بالمادة ٣٢ عقوبات، فنص على أن يكون الحكم بالعقوبة المقررة لأشد الجرائم. بل وراعى المشرع المصرى مبدأ التناسب عند تعدد العقوبات فنص فى المادة ٣٦ عقوبات على أنه إذا ارتكب شخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه من أجل واحدة منها وجب أن لا تزيد مدة الأشغال الشاقة المؤقتة على عشرين سنة ولو فى حالة تعدد العقوبات، وأن لا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس على عشرين سنة، وأن لا تزيد مدة الحبس وحده على ست سنين. وكل ذلك يكشف عن مدى تطبيق مبدأ التناسب فى العقوبات فيما قرره المشرع من حدود لما يتعرض له المتهم عند محاكمته عن فعل واحد ولو كوّن بذاته جرائم متعددة، أو عن مجموعة أفعال تكون جرائم متعددة طالما أنه قد ارتكبها قبل الحكم عليه من أجل واحدة. فالتناسب فى العقاب ضابط يجب مراعاته طالما لم يصدر عن الشخص الذى ارتكب جرائم متعددة قبل ارتكابها حكم بات عليه من أجل واحدة منها. وبالتالى، يبدو الارتباط وثيقا بين هذا الضمان فى المحاكمة المنصفة وتناسب العقوبات.

على أن مجال هذا الضمان يقتصر على حالة مخالفة الفعل لنظام قانونى واحد، فلا مجال له إذا خالف بالإضافة إلى النظام الجنائى النظام المدنى أو النظام التأديبى؛ فكل من هذه الأنظمة له جزاءاته التى يعرفها القانون. ومع ذلك، فإنه فى نطاق الجزاء التأديبى تراعى مبادئ المحاكمة المنصفة التى تتطلب عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة واحدة، فضلا عن أهمية تناسب العقاب التأديبى مع الفعل[1]. وخلافا لذلك اتجهت كل من لجنة ومحكمة حقوق الإنسان الأوربية على أن مبدأ عدم جواز محاكمة المتهم أكثر من مرة واحدة عن فعل واحد المنصوص عليه فى بروتوكول الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان (المادة ٤/ ١ من البروتوكول السابع) يتطلب عدم جواز محاكمة المتهم وإدانته من جديد عن نفس وقائع الجريمة ولو أمام محكمة تأديبية[2]. وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية تماما الأخذ بهذا الاتجاه[3].

---

(١) انظر المجلس الدستورى الفرنسى:

88 - 249 Dc du 12 Janvier 1989, Recueil jur. const (1959 - 1993), p.345.

89 - 260 Dc du 28 Juillet 1989, Recueil jur. const (1959 - 1993), p.365.

(٢) انظر قرار اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان فى ١٩ مايو سنة ١٩٩٤ و ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٩٥ مشارا إليه فى مقال:

Serge Guinchard, Le procés équitable? Actualité juridique, Juillet - Août 1998, p.195.

(٣) Cass. Crim. 20 Juin 1996, Dalloz 1997, p.244, note Trixier et lamulle.

الفصل الرابع
الرقابة القضائية على احترام ضمانات المحاكمة (المنصفة)

٢٨٦ـ فكرة عامة

بيّنا فيما تقدم الضمانات الدستورية للمحاكمة المنصفة. ونعرض فيما يلى للضمان القضائى فى الرقابة على احترام ضمانات المحاكمة القانونية (المنصفة) لكفالة فاعليتها وتتمثل هذه الرقابة فى إحدى صورتين :

١ـ الرقابة على صحة الإجراءات للتحقق من احترام الضمانات .

٢ـ تعدد درجات التقاضى .

فالضمان القضائى بوجه عام يتمثل فى الرقابة على مشروعية الإجراءات الجنائية ، ذلك أن انتقال الشرعية من نطاق النظرية إلى مجال التطبيق هو الضمان الأكيد لفاعليتها . فما قيمة الشرعية التى تعبر عنها نصوص الدستور والقانون إذا لم تكن هذه النصوص تتمتع بقوة الإلزام وتخضع لها السلطة التى تباشر الإجراءات الجنائية؟ وأين سيادة القانون إذا أمكن للسلطة أن تعلو على القانون وتباشر الإجراءات كما تريد؟ إن الرقابة القضائية فى هذه الإجراءات هى التى تكشف فاعلية نصوص القانون، وبها يتأكد مبدأ المشروعية ، باعتبار أن القضاء هو الركن الركين لسيادة القانون . لهذا كانت الرقابة القضائية على تطبيق المحاكمة المنصفة وجها فعالا للضمان القضائى ، باعتبار أن هذه الرقابة ليست إلا وجها آخر للقوة الإلزامية للضمانات . فالمباشرة القضائية للمحاكمة هى من أجل ضمان مشروعيتها ، ولكن هذه المباشرة قد لا تحترم ضمانات المحاكمة المنصفة . ولذلك ، فإن الرقابة القضائية لها أكبر الأثر فى ضمان المشروعية .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن استيثاق المحكمة من مراعاة القواعد

المنصفة عنـد فصلها فى الاتهام الجنـائى وهيمنتها على إجراءات الـدعوى الجنـائية، لا يعدو أن يكون ضمانة أولية لعدم المساس بالحرية الشخصية - التى كفلها الدستور لكل مواطن - بغير الوسائل القانونية المتوافقة مع أحكامه[1] .

وتنقسم الرقابة القضائية على الإجراءات إلى نوعين :

١ - الرقابة على صحة الإجراءات للتحقق من قانونية المحاكمة .

٢ - رقابة الطعن على الأحكام .

ونبحث فيما يلى كلا من هذين النوعين .

---

(١) دستورية عليا فى ٢ فبراير سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ١٣ لسنة ١٢ قضائية «دستورية»، مجموعة أحكام الدستورية العليا جـ ٥ (المجلد الأول) ص ١٨٥ ، ١٦ نوفمبر سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٢٨ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، المجموعة السابقة جـ ٧ ص ٢٦٢ ، ٦ يولية سنة ١٩٩٧ فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية، العدد رقم ٢٩ فى ١٩ يولية سنة ١٩٩٧ .

المبحث الأول
الرقابة على صحة الإجراءات الجنائية

٢٨٧ـ نطاق الرقابة

بيّنا فيما تقدم أن مدلـول المحاكمة القانونية ينصرف إلى مجمـوعة الإجراءات التى تتم بها الخصومة الجنـائية فى إطار من حماية الحرية الشخصية وغيرهـا من الحقوق والحريات المتعلقة بها، والتى تكون فى مجموعها ضمانات مهمة فى المحاكمة القانونية .

ومن ثم فإن المحاكمة المنصفة لا تقتصر على مجرد إجـراءات المحاكمة بل تمتد إلى ما يسبق المحاكمة من إجراءات تطرح أدلتها على بساط البحث فى المحكمة .

لهذا فإن رقابة القضاء تمتد إلى الإجراءات سواء كـانت سابقة على المحاكمة أو كانت جزءًا من المحـاكمة ذاتها هى، وذلك باعتبـار أن الأدلة المنبثقة من الإجراءات السـابقة على المحاكمـة تعتبر بحكم عرضها على المحكمة وخضـوعها لتقديرهـا جزءا من ملف الدعوى .

٢٨٨ـ الجزاء الإجرائى كأداة للرقابة القضائية:

تعتمد الرقابة القضائية على سلطة القضاء فى إلغاء الإجراء المخالف للقانون .

ويتمثل هـذا الإلغـــاء فى الجزاء الـذى يـرد على الإجـراء غير المشروع فيهــدر آثـاره القانونية، فيعبر بذلك عن الطبيعة الإلزامية للقاعدة الإجرائية، والقضاء فى توقيعه لهذا الجزاء يمنح هذه القاعدة فاعليتها وقوتها . وهـذه هى وظيفة السلطة القضائية فى إعطاء الفاعلية لقواعد القانون التى تضعها السلطة التشريعية . ويتميز الجزاء الإجرائى بوصفه أحد مظـاهر الطبيعـة الإلزامية للقـاعدة الإجرائيـة الجنائيـة عن الجزاءات الأخرى غير الإجرائية التى قـد تترتب على مخالفة الإجراءات الجنائية؛ وهى إمـا عقوبات تترتب على

المخالفات الإجرائية التى يجرمها القانون، مثل القبض على الأشخاص ودخول المنازل بدون وجه حق (المادتان ١٢٨ و ٢٨٠ عقوبات)، أو الامتناع عن الشهادة أو عن حلف اليمين (المواد ١١٧ و ١١٩ و ١٢١ و ٢٧٩ و ٢٨٠/ ٢ و ٢٨٤إجراءات)، أو جزاءات تأديبية توقع على الموظفين العموميين وغيرهم من أصحاب المهن المساعدة للقضاء كالمحامين والخبراء. وفى هذه الأحوال توقع الجزاءات غير الإجرائية بعيدا عن مجال الرقابة القضائية على الإجراءات.

هذا بخلاف الجزاء الإجرائى، فإنه يعتبر وسيلة هذه الرقابة، فبه يمارس القضاء إشرافه على مشروعية الإجراءات الجنائية، وهو أكثر الجزاءات فاعلية كنتيجة تترتب على مخالفة الضمانات، لأنه يفسد على المخالف قصده فيهدر الدليل الذى يسعى إليه من وراء إهدار الضمانات. ويتخذ الجزاء الإجرائى بوصفه وسيلة للرقابة القضائية صورة البطلان. وهو يحمى فى ذلك الحرية الشخصية التى جاءت الشرعية الإجرائية لكفالة احترامها.

ويتميز البطلان عن الأشكال الأخرى من الجزاءات وهى عدم القبول والسقوط وعدم الاختصاص. وتبدو أهمية البطلان بوجه خاص فى مجال الإثبات، ذلك أنه من خلال إجراءات المحاكمة يطرح الدليل أيا كان مصدره، وهو ما لا يجوز قبوله إلا إذا كان مشروعا أى مطابقا للضمانات التى أوجبها القانون.

وقد بينا أن المشرع يوازن بين المصلحة العامة (فاعلية العدالة الجنائية) وبين حماية الحرية الشخصية، ومن خلال هذا التوازن تبرز الضمانات التى يقررها القانون. وكل إجراء جنائى يسمح به القانون يجب أن يكون مقيدا بهذه الضمانات وإلا كان باطلا.

وقد رأينا أن المحكمة الدستورية العليا فى مصر قد أكدت أن ضمانات المحاكمة المنصفة وثيقة الصلة بالحرية الشخصية، وتتوخى الأسس التى يقوم عليها صونا لكرامة الإنسان وحماية لحقوقه، وتعتمد على قيم تكفل لحقوق المتهم الحد الأدنى من الحماية.

ولا تناقض بين فاعلية العدالة الجنائية وحماية الحرية الشخصية كهدفين للإجراءات الجنائية، ذلك أن فاعلية العدالة الجنائية تتوقف على كشف الحقيقة، وهو أمر يعتمد إثباته على دليل مشروع، أى دليل يستخلص من إجراءات تحترم فيها الضمانات.

ومن ناحية أخرى، يجب التنبيه إلى عدم جواز الخلط بين الضمانات الإجرائية التى تكفل المحاكمة المنصفة؛ وبين الضمانات التنظيمية التى ترد على سبيل التوجيه والإرشاد فى القواعد الإجرائية بغية تحقيق أهداف إدارية بحتة، مثل مخالفة إجراءات تحريز الأشياء المضبوطة، فهذه الأخيرة لا يترتب على مخالفتها البطلان.

٢٨٩ـ تقرير البطلان كضمان لفاعلية الحماية الدستورية

ترتبط فكرة البطلان كل الارتباط بهدفى القاعدة الإجرائية الجنائية، والتى تتمثل فى تحقيق الفاعلية للعدالة الجنائية، وفى ضمان الحقوق والحريات. فبهذين الهدفين تتبلور الغاية من القاعدة الإجرائية، وتتحدد المصلحة المحمية. وتتمثل الغاية من القاعدة الإجرائية فى التوازن بين فاعلية العدالة الجنائية وحماية الحقوق والحريات. ولقد رأينا أن الشرعية الدستورية للإجراءات الجنائية تقوم على ضمانات هامة تحمى الحقوق والحريات. وبهذا أكدت المحكمة الدستورية العليا حين اشترطت فى النصوص التشريعية أن تراعى الحدود الدنيا المقبولة فى الدول الديمقراطية فيما يتعلق باحترام حقوق الإنسان [1].

فالاحتياجات الحقيقية للعدالة لا يمكن أن تتوافر إلا باحترام الحقوق والحريات التى تصاغ لحمايتها مبادئ الشرعية الدستورية فى الإجراءات الجنائية.

والواقع، فإن فاعلية العدالة الجنائية فى إطار هذه الشرعية ترتبط بالضمان القضائى الذى هو من عناصر الشرعية للسهر على احترام ضمانات المحاكمة القانونية (المنصفة) التى هى نتيجة لازمة لأصل البراءة. ومن هنا، حق القول بأن فاعلية العدالة الجنائية لا يمكن تحقيقها بدون احترام ضمانات الحقوق والحريات. فالاثنان وجهان لعملة واحدة. ولا مجال للحديث عن عدالة جنائية فعالة إلا إذا لازمها فى ذات الوقت احترام لضمانات الحقوق والحريات.

ولما كانت الإجراءات الجنائية هى مصدر الأدلة التى تؤسس عليها المحكمة اقتناعها بالإدانة، فإن قبول هذه الأدلة يتوقف على مشروعية الإجراءات التى تولدها. لهذا كان جزاء (البطلان) إعلانا بعدم المشروعية وإنتاجا لأثرها فى إهدار الدليل المترتب عليها. وإذا كان الدستور قد نص بأن لا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى (المادة ٦٦/ ١)، فإن الحكم القضائى يجب أن يكون مشروعا، أى مبنيا على إجراءات مشروعة، وخاصة أن الدستور قد نص على أن إثبات الإدانة لا تكون إلا فى محاكمة قانونية (المادة ٦٧/ ١).

---

(١) انظر الدستورية العليا فى ٤ يناير سنة ١٩٩٢ فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٨ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٢٣ يناير سنة ١٩٩٢ (العدد ٤)، ٢ يناير سنة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٤ يناير سنة ١٩٩٣ (العدد ٢).

وإذن ، فإن عدم مشروعيــة الإجراءات الجنـائية بسبب إهــدار الضمانات التى نص عليها الدستور والقانــون هو أساس البطلان[1]. تضعف فاعلية الضمانات الدستورية

(١) يتعين التمييز بين البطلان كأداة للرقابة القضـائية على مشروعية الإجراءات الجنائية وبين غيره من الجزاءات الإجرائية وهى السقوط ، وعدم القبول ، وعدم الاختصاص .

(أ) البطلان والسقوط :
السقوط جـزاء إجرائى يترتـب على عدم ممارسـة الحق فى مباشرة عمـل إجرائى خلال المهلـة التى حـددها القانون وتحدد هذه المهلـة إما بميعاد معين أو تتوقف على واقعة معينة . ومثـال الميعاد حق النائب العام فى إلغاء الأمر بعدم وجود وجـه لإقامة الدعوى الجنائية فى خلال ثـلاثة شهور (المادة ٢١١ إجراءات)، ومن النيابة العامة فى تنفيذ أمر الضبط والإحضـار أو الحبس الاحتياطى فى خلال ستة شهور من تاريخ صدوره (المادة ١٣٩ إجراءات) . فإذا انقضى هـذا الميعاد سقط الحق فى مبـاشرة العمل الإجرائى . ويكـون توقف المهلة على واقعة معينة إذا اشترط القانون توافر واقعة معينـة للاحتفاظ بالحق فى مباشرة الإجراء . وقد تكون الـواقعة إيجابيـة مثـال ذلك حق الاستئناف فهـو معلق على التقـدم للتنفيـذ قبل يوم الجلسـة (المادة ٤١٢ إجراءات) . وحق الطعن بـالنقض فهو معلق على التنفيذ قبل يـوم الجلسة (المادة ٤١ من قانـون إجراءات الطعن بالنقض)، وحـق الدفع بالبطـلان المتعلق بمصلحة الخصـوم فى الجنح والجنايـات إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضـوره . فهذا الحق أوجب القـانون مباشرتـه بواسطـة المتهم أو محاميه (المادة ٣٣٣ إجراءات) .
وقد تكون الواقعة سلبية إذا اشترط القانون عدم توافرها للاحتفاظ بالحق فى مباشرة الإجراء . مثال ذلك حق المدعى المدنى فى الالتجاء إلى الطريق الجنائى فهو معلق على عدم التجائه إلى القضاء المدنى .
وفى هاتين الحالتين يسقط الحق فى مباشرة الإجراء إذا لم تحدث هذه الواقعة الإيجابية أو السلبية .
وينحصر الخلاف بين البطلان والسقوط فيما يلى :
١ـ السقوط يرد على الحق فى مباشرة العمل الإجرائى ، بينما يرد البطلان على العمل الإجرائى ذاته .
٢ـ يجوز تجديد الإجراء الباطل ، أما فى السقوط فـإنه يفترض انقضاء الحق فى مباشرة العمل ، مما يتعذر معه تجديده .
٣ـ لا ينتج البطلان أثره إلا إذا تقرر بحكم ، بخلاف السقوط فإنه يتم بقوة القانون .

(ب) البطلان وعدم القبول :
عدم القبول هو جـزاء إجرائى يرد على الدعوى الجنائية (أو غيرها من طلبـات الخصوم) إذا لم تستوف أحد شروط تحريكهـا واستعمالها فى بدايـة كل مـرحلة من مـراحل الخصـومة . وهـذه الشروط تتمثل فى الحق فى استعمال الـدعـوى، وورودها على محل صحيـح (الأحكام التى يجوز فيهـا الطعن)، واستيفـاء الأشكـال الجوهرية التى أوجبها القانون عند استعمال الـدعوى (تحريكها ، ورفعها ، ومباشرتها) . ومثال تخلف الحق فى استعمال الدعـوى ، أن يتم ذلك قبل صـدور الشكوى أو الإذن أو الطلب فى الأحوال التـى اشترط فيها القانون تقديمها ، أو تحريك الـدعوى من أحد أعضاء النيابة العامة الـذى لا يملك تحريكها قانونا كما إذا كانت من الجرائم الواقعة من موظف أثناء تأدية وظيفته أو بسببها . ومثال عيوب استعمال الدعوى ورود =

= الاستعمال من خلال تكليف المتهم بالحضور بإعلان باطل لعيوب فى بياناته الجوهرية .
ويتميز البطلان عن عدم القبول فيما يلى :
١ـ يرد عدم القبول على (الدعوى أو الطلب)، بخلاف البطلان فإنه يرد على العمل الإجرائى إذا لم يكن فى صورة دعوى أو طلب. مع ملاحظة أن السقوط يرد على الحق فى مباشرته .
٢ـ قد يقترن البطلان مع عدم القبول. فهو يقترن مع البطلان مثلا إذا كانت الدعوى الجنائية غير مقبولة ولم تحكم المحكمة بعدم قبولها. ففى هذه الحالة تكون باطلة جميع الإجراءات التى تتم فى الدعوى، مما يتعين معه الحكم ببطلانها بواسطة المحكمة الأعلى درجة. ويقترن عدم القبول مع السقوط إذا كان سبب عدم القبول هو سقوط الحق فى مباشرة الطلب (كالطعن بعد الميعاد القانونى) .

التمييز بين السقوط والبطلان وعدم القبول :
تبدو العلاقة بين هذه الجزاءات الثلاثة فى أن السقوط ينصب على الحق فى مباشرة العمل الإجرائى، وأن البطلان يترتب على مباشرة هذا العمل رغم سقوط الحق فى مباشرته، وأن عدم القبول قد يترتب فى بعض الأحوال على السقوط والبطلان إذا ما انصب على الدعوى بذاتها .
وقد يجتمع السقوط والبطلان وعدم القبول معا. مثال ذلك أن يقرر المتهم الاستئناف بعد الموعد القانونى فيسقط حقه مع الاستئناف بانقضاء هذا الموعد، فإذا ما قرر بعد ذلك بالطعن كان استئنافه غير مقبول. فإذا استمرت المحكمة فى نظر الاستئناف كانت جميع إجراءاتها باطلة بطلانا متعلقابالنظام العام لتعلق الأمر بأحد شروط الإشراف القضائى على الإجراءات الجنائية. وقد جرى قضاء محكمة النقض على أن تقتصر على الحكم بسقوط الطعن إذا لم يتقدم الطاعن المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية للتنفيذ قبل الجلسة، تمييزا لهذا الجزاء الإجرائى، وهو السقوط ـ المترتب على سبب طارئ عن بقية الجزاءات الأخرى. وقد يكون الطعن غير مقبول شكلا ثم لا يتقدم الطاعن للتنفيذ قبل الجلسة، فهل يحكم فى هذه الحالة بالسقوط أو بعدم القبول؟ نرى أن يحكم بالسقوط فى هذه الحالة لأنه يمس الحق فى الطعن ذاته وهو أمر يسبق مباشرة الطعن. وإذا اجتمع عدم جواز الطعن مع عدم قبوله شكلا، فالأسبقية تكون لعدم القبول شكلا، لأن شكل الطعن مسألة أولية تسبق البحث فى مدى صلاحية الحكم للطعن فيه .

(جـ) البطلان وعدم الاختصاص
يتميز البطلان عن عدم الاختصاص ، فالأول هو جزاء إجرائى يرد على ا لعمل الإجرائى. بسبب عدم تحقق الغاية التى استهدفتها القاعدة الإجرائية من ورائه، بينما عدم الاختصاص نتيجة تترتب على عدم توافر سلطة القاضى فى نظر الدعوى سواء من حيث الشكل أو الموضوع، وتترتب هذه النتيجة لأحد الأسباب المتعلقة بالاختصاص. على أنه إذا باشر القاضى إجراءات المحاكمة رغم عدم اختصاصه، أصبحت هذه الإجراءات باطلة مما يؤدى إلى بطلان فى الإجراءات .
ويلاحظ أن عدم القبول يرتكز على أسباب تتصل بتحريك أو رفع الدعوى الجنائية ابتداء بعيب متعلق بالنشاط الإجرائى للمدعى، أما عدم الاختصاص فيرجع إلى عيب فيمن يفصل فى الدعوى وهو القاضى .
ويقع البطلان إذا مضى من يباشر العمل الإجرائى غير عابئ بجزاء عدم القبول، أو عيب عدم الاختصاص .

إذا أمكن الاستناد فى الإدانـة إلى ثمرة انتهاكهـا . ومن هنا يلعب البطلان دورا فـاعلا فى الحماية الدستـورية للحقوق والحريات ، فإذا كانـت الرقابة الدستـورية هى ضمان هذه الحماية فى مواجهة السلطة التشريعية ، فإنها تكفـل هذه الحماية فى مواجهة القائمين على مباشرة الإجراءات الجنائية .

ويتمتع بطلان الأدلة غير المشروعة بسبب إهدار الضمانات الدستورية بقيمة دستورية ؛ لأنه يحقق التوازن بين مقتضيات المحافظة على النظام العام باقتضاء حق العقاب ، وبين سائر الحقوق والحريات التى كفلها الـدستور. وإن العدالة لتتأبى أن تعلن حكمها على أساس من انتهاك الدستور. فلا يجوز أن يعمل القضاء للوصول إلى العدالة إلا بافتراض أن الحقوق والحريات التى يحميهـا الدستور تعلو دوما وتتأكد دائما لأن العـدالة لا تعلو إلا شامخة لا تستنـد إلى دليل ملوث أو غير نزيـه . فلا يمكن أن يميل ميـزان العدل فى اتجاه مناقـض لطبيعته . ولا يمكن للتـوازن بين الحقوق والحريـات أن يكون صـوريا أو منتحلا ، فإذا مـال التنظيم الإجرائى نحـو اقتضاء حق العقـاب تعظيما لهذا الحق ، فلا يستقيم بنيان العدالة لأنه لا يقوم إلا على المشروعية واحترام حماية سيادة القانون[1] .

والعبرة فى هذا الشأن بتوافـر موجبات البطلان المتعلقة بالنظـام العام ، لأنها وحدها التى تتعلق بالضمانات الدستورية . أمـا الضمانات التى ترتكز على التشريع وحده بغير أســاس دستورى فإن إهـدارها يـؤدى إلى بطلان متعلق بمصلحـة الخصوم . وفى هـذه الحالة تكون للبطلان قيمة قانونية ويعكس عدم المشروعية .

٢٩٠ـ السياسة الإجرائية للبطلان

تحكم السياسة الإجرائية للبطلان بوجه عام نظريتان :

نظريـة ترى التـوسع فى حالات البطـلان على أساس أن نصـوص قانـون الإجراءات الجنائية وضعت لكى تحترم ، وأنه يتعين على القاضى مراقبة سلامتها فى ضوء النصوص

---

(١) وتطبيقا لما تقدم تتوافـر شبهة عدم الدستورية فى نص المادة ١٦٣ من قانون الإجـراءات الجنائية الذى نص على أنه لا يترتـب على القضاء بعدم اختصـاص قاضى التحقيق بطـلان إجراءات التحقيق . فهـذا النص يفقد الحمايـة الدستوريـة للحقوق والحريات فـاعليتها ، ويـنـاقض الأصل فى المتهم البراءة ، ويعطى لعدم المشروعية فاعلية تسمح بـالاستناد فى الإدانة إلى أدلة غير نزيهة . فاحترام قواعـد الاختصاص القضائى جزء من احترام استقلال القضاء وحياده .

التى نظمت مباشرتها والحكم بالبطلان جزاء على مخالفة هذه النصوص، وأن العدالة لا تستحق أن تحمل شرف اسمها إلا باحترام نصوص القانون[1].

وهناك نظرية أخرى[2] ترى أن الإشراف فى حالات البطلان يضر بفاعلية العدالة الجنائية فى مواجهة ازدياد الإجرام، مما يتعين معه تقييد هذه الحالات فى ضوء ما يستخلصه القانون أو القاضى من مخالفة جوهرية للقواعد الإجرائية الجنائية.

وفى إطار هاتين النظريتين ظهرت أربعة مذاهب قانونية فى تحديد أحوال البطلان، وفيما يلى نورد مضمون هذه المذاهب، ثم نختمها ببيان مذهب الشارع المصرى ثم مذهب القانون الفرنسى.

٢٩١- (أ) فى إطار النظرية الأولى

مذهب البطلان «المطلق»

ويسمى أيضا بالمذهب الشكلى. ومقتضاه أن البطلان يقع نتيجة مخالفة جميع قواعد الإجراءات الجنائية التى تنظم إجراءات الخصومة الجنائية. وأساس هذا المذهب أن القانون لا يفرض الشروط والأشكال إلا مراعاة لأهميتها فى تحقيق دور الخصومة. فيتعين تقرير البطلان جزاء تخلفها جميعا بغير استثناء. وقد عرف هذا النظام فى القانون الرومانى والعصور الإقطاعية حيث كانت الإجراءات تخضع لأشكال معينة تؤثر مخالفتها فى موضوع الدعوى ذاته.

وميزة هذا المذهب هو الوضوح فى تحديد أحوال البطلان. إلا أنه مشوب بعيب الإسراف فى التقيد بالأشكال على نحو يؤدى إلى الإفراط فى توقيع البطلان، وإلى تغليب الشكل على الموضوع.

٢٩٢- (أ) فى إطار النظرية الثانية

مذهب البطلان القانونى

ويسمى أيضا مذهب (لا بطلان بغير نص). ومقتضاه أن المشرع هو الذى يتولى

---

(١) انظر فى الموضوع:

Pradel. L'instruction préparatoire 1995, p. 759 Roux, note au Sirey 1906, I, 201.

(٢) انظر فى الموضوع رسالتنا فى نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية القاهرة، سنة ١٩٥٩.

بنفسه تحديد حالات البطلان . وقد أخذ بهذا المذهب قانون الإجراءات الجنائية الإيطالى، وأخذ به قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى المعدل سنة ١٩٩٣ بالنسبة إلى نوع من البطلان، هو البطلان المتعلق بالنظام العام . وميزة هذا المذهب أن المشرع يتولى بنفسه الإفصاح عن آرائه فى تحديد الضمانات الجوهرية التى يترتب على مخالفتها البطلان . فيحول بذلك دون تحكم القضاء وتضارب أحكامه . فضلا عن إيضاح الطريق أمام المخاطبين بالقواعد الإجرائية . إلا أن هذا المذهب يعيبه التضييق من أحوال البطلان فينحصر فيما استطاع المشرع تحديده سلفا . وقد لا يغطى بعض المخالفات الإجرائية الجسيمة التى تصيب ضمانات المحاكمة القانونية (المنصفة) .

وقد نص الدستور البرتغالى (المادة ٣٢/ ٦) على أن تعتبر باطلة كل الأدلة التى يتم التحصل عليها بواسطة التعذيب والإكراه، والمساس بالتكامل الجسدى أو المعنوى للشخص، والتعسف فى التدخل فى الحياة الخاصة، وفى المسكن، والمراسلات والاتصالات التليفونية .

مذهب البطلان الذاتى:

وينادى هذا المذهب بعدم اشتراط النص على البطلان صراحة، بل يكفى لذلك مجرد عدم مراعاة شروط معينة فى الإجراء . وميزة هذا المذهب أنه يقرر عدم إمكان حصر أحوال البطلان مقدما، ولذلك يترك الأمر للقضاء حتى يقدر مدى جسامة المخالفة بدلا من أن يكون طوعا لنصوص جامدة، فقد يرى العيب الجسيم فى الإجراء ولا يستطيع إبطاله لأن القانون لم ينص على هذا البطلان . وعيب هذا المذهب أنه يواجه مشكلة التمييز بين الأشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية، وهو أمر من الصعب حله، فيترك بذلك الفرصة للخلاف فى الآراء وتضارب الأحكام . إلا أنه يهوّن من هذا العيب أن الخلاف القانونى سيبقى ما بقى الفكر القانونى، وأن حصر حالات البطلان لن يحول دون الاختلاف حول تفسير القانون .

وقد لوحظ على هذا المذهب ، أنه ترك أمر تحديد حالات البطلان للقاضى دون حصرها مسبقا سوف يدخلها فى دائرة عدم اليقين، مما يجعل مخالفته للضمان الجوهرى فى إحدى القضايا سببا للبطلان، وفى غيرها من القضايا عديم الأثر. ولاشك أن افتقار الجزاء الإجرائى إلى التحديد يمس احترام مبدأ الشرعية التى تفترض اليقين، كما أنه يمس مبدأ المساواة أمام الخصوم، حيث يقضى بالبطلان لصالح البعض ولا يقضى به

لصالح الآخرين، طالما كان الأمر متروكا لتقدير القاضى[1]. ولهذا فإن محكمة النقض عليهـا واجب كبير فى العمل على تـوحيد المبـادئ القـانـونية للتقليل مـن مخاطر هـذه العيوب.

مذهب «لا بطلان بغير ضرر»

وفى إطار النظرية الثانية للسياسـة الإجرائية يرى هذا المذهب لا يقضى بالبطلان إلا إذا رأى القاضى أن العيب الإجرائى قد أصاب بالضرر الطرف الذى يطالب بالبطلان، ويستوى فى ذلك أن يكـون القانـون قد نص على أحوال البطـلان أو ترك للقـاضى أمر تحديـد هذه الأحـوال. وقد أخـذ قـانون الإجـراءات الفرنسى (المادة ٨٠٢) بهذا المبـدأ بـالنسبة إلى البطـلان المتعلق بمصلحـة الخصوم أسـوة بما نص عليـه قـانون المرافعـات الفرنسى فى (المادة ١٤/ ٢).

وهنا يـلاحظ أن تقدير تـوافر سبب البطـلان متروك للقاضى وفقا لضميره واقتنـاعه حتى ولو كـان البطلان منصـوصا عليه فى القـانون بشرط أن يتحقق من إصـابة الخصم المتمسك بالبطلان بالضرر.

٢٩٣- مذهب القانون المصرى

لم يعن قـانون تحقيق الجنـايات الملغى بتنظيم نظـرى للبطلان، واقتصر على تقـرير البطـلان فى أحوال متفـرقـة (المواد ١٤٥ و ١٤٩ و ٢٣٥). على أن هذا التصـور لم يحل دون اتجاه الفقـه والقضـاء إلى اعتنـاق مـذهب البطلان الـذاتى. وقـد صـدر قـانـون الإجراءات الجنائية الحالى وعالج لأول مرة موضوع البطلان (المواد ١٣٣ إلى ٣٣٧)، فلم ينص على البطلان إلا فى حـالة واحدة هى عدم التـوقيع على الحكم خلال ثلاثين يـوما (المادة ٣١٢/ ٢) إجراءات، واعتنق مـذهب البطلان الذاتى فنص على تـرتيب البطلان عند عـدم مراعاة أحكـام القانون المتعلقة بأى إجـراء جوهرى. وفى هـذا النطاق اعتنق المشرع المصرى النظرية الثانية فى السياسة الإجرائية للبطلان.

---

(١) انظر:

Wilfrid Jeandidier, les cas de nullité de l'instruction préparatoire au regard des droits de l'homme: Cinq ans de jurispiudence de la chambre criminelle (1983 - 1987), Archives de politique criminelle, No.II (1989), p.72.

وقد أخذ القانـون الليبى بمواد البطلان فى قانون الإجراءات الجنـائية المصرى، وتأثر بها القانون التونسى، واقتصر القانونان اللبنانى والسورى على تقرير البطلان فى حالات معينة[1].

٢٩٤ـ مذهب القانون الفرنسى

جمع قانون الإجـراءات الجنائية الفرنسى المعـدل بالقانون الصـادر فى٤ يناير ١٩٩٣ والمعمول به اعتبارا من أول مارس ١٩٩٣ بين المذاهب الثلاثـة السابقة: فأخذ بمذهب البطلان القانونـى بالنسبة لأحوال البطلان المتعلقة بـالنظام العام (المادة ١٧١ إجراءات فـرنسى المعدلـة بالمادة ٧١ من القـانون الصـادر فى ٤ ينايـر ١٩٩٣). وأخذ بمـذهب البطلان الذاتى ومذهـب لا بطلان بغير ضرر بالنسبة لأحوال البطلان المتعلقة بمصلحة الخصوم، فأجـاز البطلان لعيب جوهرى بشرط أن يلحق ضررا بمصـالح الخصم الذى يتعلق به العيب (المادة ١٧٢ إجراءات فرنسى المعـدلة للمادة ٧١ من القانون الصادر فى ٤ يناير ١٩٩٣)[2].

٢٩٥ـ الإجراء الجوهرى

ميز قـانون الإجراءات الجنائيـة المصرى بين ما أسماه بالإجراء الجوهـرى والإجراء غير الجوهرى، فنص فى المادة ٣٣١ من قانون الإجراءات الجنائية على أن يترتب البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأى إجراء جوهرى. ولابد أن نصحح ابتداء المفاهيم القانـونية فى هـذا الشأن، فإن الإجراء هـو العمل القـانونى الـذى تتكون من مجمـوعه الخصومة الجنـائية. فما هذه الخصومة إلا منظـومة من أعمال قانونيـة تسمى بالإجراءات الجنائية تنتهى بالحكم الجنائى. والعمل الإجرائى ـ أى العمل القانونى داخل الخصومة الجنائيـة والمسمى بالإجـراء ـ ليس إلا وحـدة من هذه المنظـومة. وكل عمل إجـرائى له

---

(١) محمود مصطفى، تطـور قانون الإجراءات الجنائيـة فى مصر وغيرها من الدول العـربية، سنة ١٩٦٩، ص ٢٤ و ٢٥.

(٢) ولا يشترط فى البطلان المتعلق بالنظام العام إثبات الضرر. وتنحصر حالاته فيما يمس الحرية الشخصية أو مبادئ التنظيم القضائى.

شروط لصحته، بعضها شروط موضوعية (الصفة، والاختصاص، أو الأهلية الإجرائية، والمحل الذى يرد عليه الإجراء)، وبعضها الآخر شروط شكلية تسمى فى فقه الإجراءات الجنائية بالأشكال مثل البيانات والمواعيد.

والواقع من الأمر، فإن شروط صحة العمل الإجرائى فى الخصومة الجنائية ليست إلا ضمانات لاحترام الحقوق والحريات وغيرها من حقوق الإنسان للوصول إلى محاكمة قانونية منصفة. فهى الضمانات التى يتطلبها الدستور والقانون لحماية هذه الحقوق فى الخصومة الجنائية والتى أكدتها الشرعية الإجرائية باعتبارها الشرعية الدستورية فى الإجراءات الجنائية، فإذا خرجت شروط صحة العمل الإجرائى عن وظيفتها فى ضمان ما كفله الدستور من حقوق كان الشرط مخالفا للشرعية الدستورية. ولقد بيّنا فيما تقدم أن أصل البراءة يتطلب ضمان احترام الحرية الشخصية (الحق فى سلامة الجسم، حرية التنقل والحق فى الحياة الخاصة، «حرمة الشخص وحرمة المسكن وحرمة المراسلات وحرمة المحادثات الشخصية»)، وحقوق الدفاع، وأن الضمان القضائى له متطلبات معينة هى الاستقلال، والحيدة، والمساواة أمام القضاء، والقضاء الطبيعى، وأن ممارسة الضمان القضائى يخضع لمبادئ معينة منها ما نص عليه الدستور (علانية المحاكمة، وسرعتها، وكفالة محام عن المتهم بجناية، وتسبيب الأحكام، وعدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة) ومنها ما نص عليه القانون مثل شفوية المرافعة، ومباشرة المحكمة بنفسها جميع إجراءات الدعوى قبل الفصل فيها، ومبدأ حضور الخصوم الإجراءات.

وإذا تطلب نص فى القانون شرطا لصحة العمل الإجرائى على نحو يمس جوهر الحق أو الحرية التى كفلها الدستور، فإن هذا النص يعتبر مخالفا للشرعية الدستورية. وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية نص المادة ١٢٣/ ٢ من قانون الإجراءات الجنائية بعدم دستورية ما أوجبه القانون من تقييد حق تقديم الدليل من المتهم بالقذف بطريق النشر فى حق موظف عام على كل فعل أسنده إليه بمدة خمسة أيام تالية لأول استجواب له، وذلك على أساس أن هذا القيد يعتبر إهدارا لحقين من حقوق الإنسان (الأول) هو حرية التعبير والحق فى النقد، وذلك باعتبار أن إسقاط الحق فى تقديم الدليل لدرء تهمة القذف بمضى المدة التى حددها القانون يعوق

ممارسة الحق فى النقد. و (الثانى) الحق فى الدفاع الذى يتأثر ويضعف بسبب تقييد الحق فى دليل البراءة[1].

ويجب التمييز بين شروط صحة العمل الإجرائى والتى هى فى جوهرها ترجمة للضمانات التى يكفل بها القانون إقامة محاكمة منصفة، وبين القواعد الإرشادية التنظيمية التى لا تنطوى على حماية للضمانات. فهذه الأخيرة بمثابة قواعد لتنظيم الأمور وحسن تسييرها ولا يترتب عليها البطلان. مثال ذلك أن القانون لم يرتب البطلان على مجرد عدم توقيع كاتب الجلسة على محاضرها والحكم، بل إنهما يكون لهما قوامهما القانونى بتوقيع رئيس الجلسة عليهما، وأنه لا يقع البطلان عند الإخلال بترتيب الإجراءات فى الجلسة، ولا بطلان عند الخطأ فى إجراءات تحريز المضبوطات، والخطأ فى ذكر مادة القانون فى الحكم بالإدانة، وإغفال بيان محل المتهم فى الحكم، وحضور المتهم فى أثناء التفتيش. فالقواعد الإجرائية الإرشادية لا تحتوى ضمانا للحرية الشخصية وغيرها من الحقوق والحريات، وإنما تحمى حقوقا أخرى تتعلق بتنظيم الدليل لا قبوله أى مشروعيته، وتنطوى على إرشادات للجهة القائمة على إدارة الدليل. فهى تتضمن بذلك ضمانات لتنظيم الدليل. وهى ضمانات تختلف عن ضمانات الحقوق والحريات التى تتطلبها الشرعية الدستورية. وهذا النوع الثانى من الضمانات وحده هو الذى يترتب على إهداره البطلان.

وإذا تطلب الدستور أو القانون ضمانا معينا دون أن يرسم شكلا خاصا له، يكون هذا الضمان متروكا للمحكمة طالما سببت اقتناعها تسبيبا سليما. وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض بأنه لما كانت المادة ٤٤ من الدستور فيما استحدثت من تسبيب الأمر بدخول المسكن أو تفتيشه لم ترسم شكلا خاصا للتسبيب، فإذا كانت سلطة التحقيق قد أصدرت أمرها بالتفتيش بناء على اقتناعها بجدية وكفاية الأسباب التى أفصح عنها طالب الأمر فى محضره، ومن ثم يكون هذا الأمر مسببا فى حكم المادة ٤٤ من الدستور[2].

وفى ضوء ما تقدم، فإن ما عبر عنه القانون بالإجراء الجوهرى ينصرف مدلوله إلى

---

(١) دستورية عليا فى ٢٠ مايو سنة ١٩٩٥ فى القضية رقم ٤٢ لسنة ١٦ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ٨ يونية سنة ١٩٩٥ (العدد ٢٣).

(٢) نقض ٢٤ مارس سنة ١٩٧٥ مجموعة الأحكام س ٢٦ رقم ٦٠ ص ٢٥٨.

الضمان الجوهرى، وهـو الضمان الذى يعتبر من ضمانات المحـاكمة المنصفة سـواء كان مصدرها الـدستور أو القانون . أمـا الإجراء غير الجوهرى فينصرف مدلـوله إلى الضمان غير الجوهرى الـذى يحمى تنظيم الدليل دون قبوله أى مشروعيتـه، ولا يتعلق بضمانات المحاكمة المنصفة.

٢٩٦ـ نوع البطلان

ميز القانون المصرى بين نوعين من البطـلان هما البطلان المتعلق بالنظام العام (المادة ٣٣٢)، والبطـلان المتعلق بمصلحة الخصـوم (المادة ٢٣٣ إجراءات)، وعنـدما أشـار القانون المصرى إلى البطلان المتعلق بالنظام العام (المادة ٣٣٢ إجراءات)، أورد أمثلة له فى ذات النص هى أحكـام القانـون المتعلقة وبتشكيل المحكمـة أو بولايتها بـالحكم فى الدعوى أو باختصاصها من حيث نوع الجريمـة المعروضة عليها ـ وكلها تتعلق بالضمان القضائى كعنصر فى الشرعية الإجرائية . فما هو معيار هذا النوع من البطلان للتوصل إلى تطبيقات أخرى للبطلان المتعلق بالنظـام العام؟ إذا رجعنا إلى المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الإجراءات الجنائية نجد أنها قد ذكرت أمثلة أخرى هى : «مخالفة الأحكام المتعلقة بعلانية الجلسـات، وتسبيب الأحكام، وحضور مدافع عن المتهم بجنـاية، وأخذ رأى المفتى عند الحكم بالإعدام، وإجراءات الطعن فى الأحكام».

وإذا نظرنـا إلى القانون الفـرنسى نجد أنه أيضا قـد ميز بين البطلان المتعلق بـالنظام العام والبطلان المتعلق بمصلحة الخصوم . وقد حاول الفقه والقضاء إيجاد معيار للتمييز بينهما، فـذهـب البعض إلى أن النظـام العـام يتمثل فى القـواعــد الـلازمــة لصحة الإجراء[١]. ووصفه البعض الآخر بأنه وسيلة للدفاع عن المصالح العامة للمجتمع[٢]. وحدده البعـض الآخر بأنـه يتمثل فى القواعـد التى تهم المبادئ الأسـاسية[٣]. ووصفه البعض الآخر بأنه هو الغاية العليا من الخصومة الجنائية[٤].

وواقع الأمر، أن فكرة النظام العام محل تعريفات عديدة لم تفلح إحداها فى الوصول إلى الغرض المنشود، حتى قيل بأن النظام العام يستمد عظمته من ذلك الغموض الذى

---

(١) P. Chambon, note ou J.C.P. 1961, II. 11952.

(٢) R. Merle, note ou D. 1963, 157.

(٣) P. Esconde J.C.P. procédure pénale 170 a 174, No. 64.

(٤) A. Thomas - Chevallier, l'avocat et le juges l'instsution These, Nancy, 1978, No. 609.

يحيط بـه، فمن مظـاهـر سمـوه أنه ظـل متعاليـا على كل الجهـود التى بـذلها الفقهـاء لتعريفـه. وفى هذا المعنى قـالت الدائرة الجنـائية لمحكمـة النقض المصرية إنـه إن كان الشـارع قد حـاول تنظيم النظـام العـام إلا أن النصـوص تدل عبـارتها الصريحة على أن الشارع لم يحصر - ومـا كان فى مقدوره أن يحصر - والقوانيـن السياسيـة والإدارية والمالية والجنائية أبدا متغيرة، والمسائل المتعلقة بالنظام العام[1].

على أنه وإن كانت فكرة النظام العام من العمومية بحيث تسود جميع فروع القانون، إلا أن تطبيقها يختلف باختـلاف طبيعة كل من القوانين فى الغرض الـذى من أجله يراد تحديد مدلـولها. وتعتبر الحقوق والحريات التى كفلها الدستـور وكل ما يتعلق بالتنظيم الـدستورى لسلطـات الدولـة فى قمة النظـام العام. وتعتبر ضمانـات الأصل فى المتهم البراءة، والحق فى التقاضى والمحـاكمة المنصفـة من النظام العام بـاعتبارهـا مستقاة من الدستور ذاته.

وإذا نظرنا إلى التطبيقات القضائية، نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد اعتبرت من النظـام العام البطـلان المترتب على مخالفـة كل من قـاعدة اختصـاص النيـابـة العامـة بتحريك الدعـوى الجنائية[2]، وقـاعدة اشتراط تقـديم الشكـوى لتحـريك الدعـوى الجنائيـة فى بعض الجرائم[3]، وقاعـدة تقادم الدعوى الجنـائية[4]، وقاعدة قـوة الأمر المقضى[5]، والقواعد المتعلقة باختصاص المحاكم[6]، وضرورة حضورة النيابة العامة فى الجلسة[7]، والقـاعـدة التـى تحتم تحليف الخبراء أو شهـود اليمين[8]، وقاعدة شفـوية المرافعة[9]، والقواعد المحددة لطرق الطعن[10].

وتتفق التطبيقات القضائية سالفة الذكر مع ما عرف به البعض النظام العام بأنه كل مـا يتعلق بنظـام وتشكيل المحـاكـم واختصـاصهـا وتحليف الشهـود والخبراء اليمين،

---

(١) نقض ٣ يونية سنة ١٩٥٧ مجموعة الأحكام س ٩ رقم ١٥٦ ص ٦٠٦.

(٢) Crim, 10 Décembre 1963, D. 1953, D. 1954. 105, Papport patin.

(٣) Crim, 5 Août 1984, J.C.P. 1949. II 4770, 16 Jan. 1984, No.16.

(٤) Crim, 28 Octobre 1981, Bull. No.283.

(٥) Crim, 20 Février 1939, Bull. So.

(٦) Crim, 15 Jan. 1973, Bull. 420 - 1977, Bull. Crim, No. 276.

(٧) Crim, 21 Octobre 1953, Bull, 270.

(٨) Crim, 19 Mai 1978, Bull. 157; 4 nau. 1983.

(٩) Crim, 12 Octobre, 1977, 303.

(١٠) Crim, 24 Janvier, 1979, Bull. 36.

وازدواج درجات التقاضى، وقوة الأمر المقضى، والتقادم وأشكال ومواعيد طرق الطعن[1].

وإذا تأملنا فى تطبيقات القضاء المصرى نجد أن محكمة النقض المصرية قد قضت بأن الإجراءات التى تتخذ قبل صدور الطلب كقيد على سلطة النيابة العامة فى تحريك الدعوى الجنائية ورفعها، تعتبر باطلة بطلانا متعلقا بالنظام العام[2].

ويعتبر الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية لصدور حكم باتّ فيها من النظام العام[3]، وكما أن بطلان التحقيق الذى تجريه النيابة العامة بناء على ندب المحكمة إياها أثناء سير المحاكمة يعتبر من النظام العام لمساسه بالتنظيم القضائى، كما أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى من قاض لم يسمع المرافعة فيها يعتبر باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام[4].

وباستقراء تطبيقات القضاء المصرى والفرنسى يتضح أن فكرة النظام العام ترتبط بضمانات المحاكمة المنصفة والمتمثلة فى احترام الحرية الشخصية بناء على أصل البراءة، وكل ما يتصل بالضمان القضائى. فهذه الضمانات أعلنها الدستور والتزم بها القانون. ولاشك أن ما يتطلبه الدستور وهو فى قمة النظام العام، ويؤدى إلى اعتبار البطلان المترتب على مخالفته متعلقا بالنظام العام[5].

وفيما يتعلق بضمانات الحرية الشخصية التى تضمنها فى مواجهة القبض وتفتيش الشخص والمسكن والاطلاع على المراسلات والمحادثات الشخصية، فإنها تتعلق بالنظام العام. وفى هذا الصدد يجب التنبيه إلى وقوع الإجراء الذى يترتب عليه المساس بالحرية الشخصية. فإذا كان المساس المذكور تم برضاء المتهم، فلا مجال للحديث عن الإجراءات الجنائية لأنها لا تباشر إلا باسم السلطة وقسرا على المتهم لا برضائه. ولهذا قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد استخلصت ـــ فى حدود السلطة

---

(١) A. Maurice - Hessant, "Réflexons sur l'articie 802 C.P.P.", D.1976, Chs., p.117.

(٢) نقض ١٥ إبريل سنة ١٩٦٨، مجموعة الأحكام س ١٩ ص ٤١.

(٣) نقض ١٣ يناير سنة ١٩٦٩ مجموعة الأحكام س ٢٠ ص ١٠٥٦.

(٤) نقض ٢ يناير سنة ١٩٦٧ مجموعة الأحكام س١٨ ص ٨٩١، ٢٨ مارس سنة ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٥٠٠.

(٥) نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٨٤ مجموعة الأحكام س ٣٥ ص ٩٣٤.

المخوله لها ، ومن الأدلـة السائغة التى أوردتها أن رضاء الطـاعنين بالتفتيش كان صريحا غير مشوب ، وأنه سبق إجراء التفتيش ـ فإن الحكم يكون سليما فيما انتهى إليه من رفض الدفاع ببطلان التفتيش[٤]. ومن نـاحيـة أخـرى ، قضت محكمـة النقض بأن تفتيش الأمتعة والأشخـاص الذين يـدخلون إلى الدائرة الجمـركية أو يخرجـون منها هـو نوع من التفتيش الإدارى الـذى يخرج عن نطـاق التفتيـش بمعنـاه الصحيح ، لأنـه من ضرب الكشف عن أفعال التهـريب ولا يتطلب فيه الشارع قيـود القبض والتفتيش المنظمة فى قانـون الإجراءات الجنـائية . ففى هـذا المثال الأخير لا يعتبر التفتيـش إجراءا جنـائيا ، وبالتـالى فلا محل لاشتراط الضمانات التى أوجبها الـدستور والقانون ، ممـا لا مجال معه للحديث عن البطـلان . والدليل المستمد من هذا التفتيش الإدارى ينبعث ممـا أسفرت عنه حالة التلبس التى نتجت عن عمل مشروع هو التفتيش الإدارى .

وفى ضوء ما تقدم فإنه لا مجال للقـول بتصحيح البطلان المترتب على إهدار ضمانات الحريـة الشخصية إذا كـانت الأعمال الماسة بها صحيحـة ، لأن هذه الصحـة تبنى على أسس أخرى بعيـدة عن قانـون الإجراءات الجنـائية . فـالرضـاء بالتفتيش يـزيل صبغة الاعتداء على حرمة المسكن ، مما لا محل معه للحـديث عن الضمانات . والمساس بحرمة الشخص للبحث عن وعاء الضريبة الجمركية فى الدائرة الجمـركية بغية تقديرها لا يعتبر إجراء جنـائيا بـالمعنى المفهوم فى قانـون الإجراءات الجنـائية ، ممـا يخرجه عن دائرة الجزاء الإجرائى وهـو البطلان . ويشترط فى هذا الـرضاء بطبيعة الحال أن يـرد على حق تتوقف ممارسته على إرادة صـاحبه ، وهو مـا لا يسرى على الحق فى سلامة الجسم ، مما لا يتصور معه الرضاء بالتعذيب .

ويثور البحث بعـد ذلك عن البطلان المتعلق بمصلحـة الخصوم . وفى هـذا الصدد نصت المادة ٣٣٣ من قانون الإجـراءات الجنائية على أنه فى غير الأحـوال المشار إليها فى المادة السابقـة (الخاصة بالبطلان المتعلق بـالنظام العام) يسقط الحق فى الـدفع ببطلان الإجراءات الخاصـة بجمع الاستدلالات أو التحقيـق الابتدائى أو التحقيق بـالجلسة فى الجنح والجنايات إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره بدون اعتراض منه . أما فى مواد المخالفـات فيعتبر الإجراء صحيحا ، إذا لم يعترض عليه المتهـم ولو لم يحضر معه

---

(١) نقض ٤ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة الأحكام س ١٤ ص ٨٨.

محام فى الجلسة. وكذلك يسقط حق الدفع بالبطلان بالنسبة للنيابة العامة إذا لم يتمسك به فى حينه.

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض بأن حق المتهم فى الدفع ببطلان الإجراءات المبنى على أن المحكمة استجوبته يسقط إذا حصل الاستجواب بحضور محاميه ولم يبد اعتراض عليه، لأن ذلك يدل على أن مصلحته لم تتأثر بالاستجواب[1]، وحقيقة الأمر، أن الاستجواب بواسطة المحكمة جائز متى قبله المتهم. وقضت بأنه إذا استدعت المحكمة الطبيب الشرعى وناقشته بحضور المتهم ومحاميه دون أن يعترضا على شيء، فلا يحق للمتهم النص على المحكمة لمخالفتها القانون فى هذا الإجراء[2]. ومن أمثلة البطلان المتعلق بمصلحة الخصوم ما يترتب على الإخلال بممارسة الدفاع لأن الإخلال النهائى يتوقف على مدى تمسكه بالبطلان، وذلك باعتبار أن هذا الحق يعطى لصاحبه حرية تناوله بالأسلوب الذى يريده، فإن هو ارتضى بعلمه أداء معينا لحقه فى الدفاع، فلا يجوز له التمسك بالبطلان، لأنه كان مساهما فى المخالفة التى أدت إلى هذا البطلان مما يحول دون وقوعه. ومن تطبيقات ذلك، ما يثور بشأن حق الدفاع فى أن تقوم المحكمة بتنبيهه إلى تغيير وضع التهمة أو تعديلها. فقد استقر قضاء محكمة النقض على أن كل ما يشترطه القانون هو تنبيه المتهم إلى ذلك التغيير أو التعديل بأية كيفية تراها المحكمة محققة لهذا الغرض ـ سواء كان صريحا أو ضمنيا أو باتخاذ إجراء يتم فى مواجهة الدفاع وينصرف مدلوله إليه. وتطبيقا لذلك، قضى بأنه يكفى لضمان حقوق الدفاع أن تدور المناقشة فى الجلسة على العناصر الجديدة التى أضافتها المحكمة واستندت إليها فى تعديل التهمة، ففى هذه الحالة تتحقق الغاية من هذا التنبيه بما يغنى عنه[3].

ويلاحظ أن محكمة النقض قد قضت بأن البطلان الذى يترتب على إجراء عضو النيابة تحقيقا فى غير اختصاصه هو بطلان نسبى، فإذا حضر محام فى أثناء التحقيق مع المتهم بالنيابة ولم يتمسك ببطلان التحقيق عند إجرائه، فإن الحق فى الدفع به يسقط عملا بالمادة ٣٣٣ إجراءات جنائية[1]. وهذا الحكم منتقد لأن اختصاص النيابة العامة

---

(١) نقض ١٨ فبراير سنة ١٩٧٤ مجموعة الأحكام س ٢٥ ص ١٥١، ٢٣ مايو سنة ١٩٧٦ س ٢٧ ص ٥١٩، ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٨٣ س ٣٤ ص ١١٠، ٣ إبريل سنة ١٩٨٥ س ٣٦ ص ٥٢٤.

(٢) نقض ١٢ مارس سنة ١٩٧٢، مجموعة الأحكام س ٢٣ ص ٣٦٩.

(٣) نقض ١٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة الأحكام س ٣ ص ٩٥٦.

يتعلق بالنظام العام، باعتبار أنها حين تقوم بـالتحقيق الابتدائى تباشر وظيفة قضائية، بها تمارس الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية، وهو ما يتعلق بالنظام العام.

ومع ذلك فيجـدر التنبيـه إلى أن وجـوب حضـور محام عن المتهم فى جنـايـة (المادة ٦٧/ ٢ من الدستور) ليس محض ممارسة لحق الدفاع يترخص فيه المدافع بحرية، بل هو التزام يقع على المحكمة قبل أن يقع على المتهم، مما يجعلـه من المبادئ العامة التى تلتزم بها المحكمة ويعتبر من أسس الممارسة القضـائية لمحكمة الجنايات، الأمـر الذى يجعله وجها للضمان القضـائى فى الشرعية الإجرائية وهـو ما يتعلق بالنظـام العام (المادة ١٨٨ إجراءات). وقد عنيت محكمة النقض بتوفير مقومات الفاعلية لهذا الضمان، فاشترطت أن يتمكن محامى المتهم من متابعـة إجراءات المحاكمة بالجلسـة من أولها إلى آخرها[٢]، واعتبرت حق المتهم فى اختيار محاميه مقدما على حق المحكمة فى تعيينه[٣]، وكفلت عدم التعارض بين المتهمين عند وحـده الدفاع عنهم[٤]، وأوجبت أن يكون المحـامى قادرا على الدفاع[٥].

كما يلاحظ أن تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف وسكوت المتهم عن الدفع ببطلان الاعتراف لا يمنع من اعتباره متعلقـا بالنظام العام، لأن المسألة تخرج مـن نطاق حقوق الدفـاع لأنها تتعلق بالاعتداء على الحريـة الشخصية التى يعتبر المسـاس بها من أمهات النظام العام[٦].

فإذا نظـرنا إلى القضـاء الفـرنسى نجد أنـه قـد اشترط فى البطلان المتعلق بمصلحـة

---

(١) نقض ٢٣ إبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ٩٩ ص ٣٩٦، وانظر ١٤ مايو سنة ١٩٦٣ س ١٤ رقم ٨٠ ص ٤١٣، ١٤ أكتوبر سنة ١٩٦٣ س ١٤ رقـم ١١٢ ص ٦٠٣، ١٨ يناير سنة ١٩٦٥ س ١٦ رقم ١٧ ص ٦٩.

(٢) انظر على سبيل المثال نقض ٤ يناير سنة ١٩٧٦ مجموعة الأحكام س ٢٧ رقم ٢ ص ١٧.

(٣) انظر على سبيل المثال نقض ٢ أكتوبر سنة ١٩٦٧ مجموعة الأحكام س ١٨ رقم ١٨٥ ص ٩٢٦.

(٤) انظر على سبيل المثال نقض ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ٢٠٣ ص ١٠٠٠.

(٥) انظر على سبيل المثال مفهـوم المخالفة، نقض ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجمـوعة الأحكام س ١٩ رقم ٢٠٥ ص ١٠٠٨.

(٦) قضت محكمـة النقض بأن الأصل أن الاعتراف الـذى يعول عليـه يجب أن يكـون اختيـاريا وهـو لا يعتبر كذلك ــ ولو كان صـادقا ــ إذا صدر إثـر إكراه أو تهديد كـائنا ما كان قـدر هذا التهديـد أو ذلك الإكراه (نقض ٢٢ يونية سنـة ١٩٧٥ مجموعة الأحكام س ٤٦، ص ٥٢٨، ١٧ ينـاير سنة ١٩٩٣ س ٤٤، ص ٧٩).

الخصوم أن يكون قد أصاب بالضرر الخصم الذى يتمسك بالبطلان (المادة ٨٠٢ إجراءات فرنسى المعدل بالقانون الصادر فى ٢٤ أغسطس سنة ١٩٩٣). وفى صدد تحديد المفهوم بالضرر ذهب رأى إلى التوسع فى مفهوم الضرر باعتبار كل خطأ إجرائى يؤدى إلى البطلان ينطوى على ضرر، إلا أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى التضييق من هذا المفهوم واعتبار الرأى السابق مخالفا لقصد المشرع واشترطت أن يكون من شأن المخالفة إحداث ضرر بالخصم الذى يتمسك بالبطلان[1]. وقد ثار البحث عما إذا كان شرط الضرر يسرى أيضا على البطلان المتعلق بالنظام العام. وقد ذهب البعض[2]. إلى ذلك تطبيقا لقانون المرافعات المدنية الذى اشترط الضرر فى نوعى البطلان المتعلق بالنظام العام والمتعلق بمصلحة الخصوم (المادة ١١٤/ ٢ مرافعات فرنسى. وقد لقى هذا الرأى نقدا لأن قانون المرافعات لا يسد النقص الذى يوجد فى قانون الإجراءات الجنائية لاختلاف طبيعة كل من القانونين[3]. كما أن الأشكال المتعلقة بالنظام العام أساسية وتتفق مع المصلحة العامة[4] التى تعلو على المصالح الخاصة مما لا يجوز معه تغطيتها حتى ولو تخلف شرط الضرر، مما يتعين معه استبعاد البطلان المتعلق بالنظام العام من نطاق المادة ٨٠٢ إجراءات التى نصت على شرط الضرر. وقد أخذت بذلك محكمة النقض الفرنسية[5].

والخلاصة، فإن البطلان المتعلق بالنظام العام هو الذى يترتب على إهدار الضمانات الدستورية التى تكفل حماية الحقوق والحريات. فكلها تستظل بالشرعية الدستورية. ولا تفرقة فى ذلك بين حق الدفاع وغيره من الضمانات غاية ما هنالك أن حرية ممارسة

---

(١) Crim., 25 Janvier 1977, Bull crim, No. 31; 27 Février 1978, J.C.P. 1979. 11. 19113, note p. Chambon.

(٢) J. Vincent et S.Guinchasd, procédure civile, 1991, No.83.

(٣) Crim., 19 Janvier 1982, Bull. crim, No.18.

(٤) J.P., note au crim 25 Février 1980, Grands arrets du droit criminelle, tome2, le procés et la sanction, p.172.

(٥) Crim., 10 Novembre 1977, D.1978.

انظر:

Crim., 17 Avril 1980, J.C.P. 1981. 17. 1963.

Crim., 2 Décembre 1980, Bull. crim No.327, crim., 17 Février et 17 Mars 1981, Bull. crim., No. 65 et 96.

حق الدفاع بـالكيفية التى يراها، طـالما أنها لا تمس حقه فى الدفاع، فإن كيفيـة ممارسته لهذه الحقوق تتعلق بمصلحته مع ملاحظة أن حضور محام مع المتهم بجناية أمام محكمة الجنايـات هو التـزام قضائى على المحكمة يمس حق الـدفاع من حيث المبـدأ، كما أنه يتعلق بواجب المحكمة ذاتها لتحقيق حسن إدارة العدالة أمام محكمة الجنايات، كما أن تعذيب المتهم يمس حريته الشخصية لا مجرد حق الدفاع.

وغنى عن البيـان، فإن البطلان المتعلق بـالنظـام العام يجوز التمسك فى أيـة حالـة كانت عليها الدعوى، ولا يجوز التنازل عنـه، وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها[1]. هـذا بخلاف البطـلان المتعلق بمصلحـة الخصـوم، فإنه لا يجوز التمسـك به إلا أمـام محكمة الموضـوع ويسقط الدفع إذا وقع البطلان فى حضـور محامى المتهم بدون اعتراض منه، ويجوز التنازل عن هذا الدفع، ولا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها.

وننبه إلى أنه أيا كـان نوع البطلان، متعلقا بالنظام العـام أو بمصلحة الخصوم، فلا يجوز التمسك بـه إلا من صـاحب الصفـة فى ذلك، فـلا وجـه للمتهم فى أن يتمسك ببطـلان الإجـراءات التى تمت فى حق غيره من المتهمين[2]، ولا يقبل الـدفع ببطـلان تفتيش المسكن من غير حائزه [3]باعتباره صـاحب الحق فى حرمته، ولا يجوز الخلط فى هذا الشأن بين شرط الصفـة والمصلحة أو الضرر، فـالصفة التى يتطلبهـا القانـون عند الدفع بالبطلان أن يكون صاحب الدفع هو بذاته صاحب الحق الذى مسه البطلان.

كل هذا دون الإخلال بسلطـة المحكمة من تلقاء نفسها فى الحكم بـالبطلان المتعلق بـالنظام العـام وإهدار الـدليل المستمـد منه. إلا أنـه لا يجوز لغير صاحب الصفـة فى البطلان (أى الذى لم يمس الإجراء الباطل أحد حقوقه وحرياته الدستورية) أن يتمسك به.

---

(١) ويتحقق ذلك إذا كـان الدليل غير مشروع لكونـه ثمرة لإجراء باطل بطـلانا متعلقـا بالنظـام العام، مثل الأحاديث الشخصية المسجلة بناء على تسجيل باطل لمساسه بالحق فى الحياة الخاصة.

(٢) انظر مثالا لذلك، نقض ٢ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة الأحكام س ٥ رقم ١٣٤ ص ٤٠٥.

(٣) مثال ذلك، نقض ٨ إبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة الأحكام س ١٤ ص ٢٩٥.

المبحث الثـــانى
الرقابة القضائية من خلال الطعن

٢٩٧ـ تمهيـــد

عرضنا فيما تقـدم للرقابة القضـائية على صحة الإجراءات، والتى تبـاشرها المحكمة بحكم وظيفتها القضـائية. على أن المحكمة قد تبـاشر هذه الرقابـة من خلال الطعن. ويحدد القانون سلطـة المحكمة التى تنظر الطعن، سواء فيما يتعلق بإعادة نظـر موضوع الدعوى من جميع الوجوه؛ أو فيما يتعلق بمشروعية الحكم والإجراءات التى بنى عليها، أو فيما يتعلق بمدى مطابقته للقانون.

وسوف نبحث فيما يلى من زاوية الشرعية الإجرائية، موضوعين هما:

١ـ القيم الدستورية لقاعدة ازدواج درجة التقاضى.

٢ـ القيم الدستورية للطعن بالنقض.

٢٩٨ـ مدى الأهمية الدستورية لقاعدة ازدواج درجة التقاضى

هل ينال الطعن بالاستئناف قيمة دستورية بوصفه درجة ثانية للتقاضى؟

ذهب البعض إلى أن قاعدة ازدواج درجة التقاضى ضمانا أساسيا لمصالح المتقاضى، وللمصلحة العليا للعدالة. وقيل بأن الاستئناف باعتباره طريقا للطعن يلجأ إليه الطرف الذى يعتقـد أن ضررا قد حاق بـه بسبب صدور حكم محكمة أول درجـة، يعتبر ضمانا غاليـا للمتقاضى، ومن ثم يجب اعتباره مبدأ عـاما فى الإجراءات، ومن ثم فإن قـاعدة ازدواج التقاضى تعتبر ضمانا لحسن العدالة[1].

لقد لـوحظ فى فرنسـا أن تاريخ القانـون القضائى قد شهـد احتراما لقـاعدة ازدواج

---

(١) انظر: Thierry Renaux, op. cit., p.

درجـة التقاضى عـدا بعض استثنـاءات قررهـا المشرع . واستقـر قضاء محكمـة النقض ومجلس الدولـة فى فرنسا على أن قاعـدة ازدواج درجة التقاضى تتعلق بالنظـام العام ولا يجوز الخروج عنهـا إلا بنص تشريعى . وقد قضى مجلس الـدولـة الفرنسى بأنـه لا يجوز لمرسوم "decret" (يقـابله القـرار الجمهورى) أن يسلب حق الاستئنـاف اعتمادا على أن ازدواج درجة التقـاضى يعتبر مبدأ عـاما فى الإجـراءات ، وأن التشريع وحده هـو الذى يملك المساس بهذا الحق[1]. وبناء على ذلك ، فـلا يجوز للائحة التنفيذيـة للقانون أن تسلب حق أحد أطراف الدعوى فى الاستئناف إذا نص عليه القانون .

إلا أنه بعرض الموضوع على المجلس الدستورى الفرنسى للنظر فى مدى شرعية النص فى مرسـوم على عدم جـواز استئناف الأحكـام الصادرة من المحكمـة الابتدائيـة فى شأن الرسـوم والضرائب المشار إليها ، قرر بأن قـاعدة ازدواج درجة التقـاضى لا تعتبر ضمانا أساسيـا فى مجال المنازعـات الضريبية ، وأنـه يمكن للسلطة الـلائحية أن تلغى الحق فى الاستئناف بمرسوم[2].

كما قرر المجلس الدستورى الفرنسى بالنسبـة للمنازعات الإدارية بأن تأخر المحكمة الإدارية فى الفصل فى الـدعوى فى خـلال مدة الشهـرين التى حددتها الـلائحة ، يخرج الدعوى من حـوزة المحكمة لتدخل فى اختصاص مجلس الـدولة ويفصل فيها أولا[3]. وقيل بأن المجلس بهذا القـرار اعتمد على أن الاستئنـاف لا يعتبر من المبادئ العـامة فى القانون مما يجيز للائحة النص على إلغائه ، وأنه ذو قيمة لائحية محضة .

وقد ذهب الفقه الفرنسى [4] فى ضوء قرارى المجلس الدستـورى سالفى الذكر بأن باب البحث مازال مفتوحا أمام المجلس الـدستورى على أساس أن قاعدة ازدواج درجة التقاضى تعتبر ضمانا للحياد القضائى يشبع مصالح المتقاضين ، على أساس أن الفرصة المتاحـة للمتقاضى فى عرض الـدعوى على قضاة جدد تـزيل أية شبهة حـول استقلال قضاة محكمـة أول درجة . وأضـاف هذا الرأى أن قـاعدة ازدواج درجـة التقاضى تعتبر عاملا من عـوامل الأمن القانونى (Securité du droit) ، لأن الاستئناف يتفـادى ما عسى أن يشوب حكم محكمة أول درجة من عيـوب بسبب اعتمادها على ملف خلا من

---

(١) C.E. 4 Février 1944, note Jeze, R.D.P. 1944, p. 176 et S.

(٢) Déc No. 82 - 113 du 14 Mai 1980, Receueil jur. const., p. 78.

(٣) Décision, No. 75 - 84 l du 19 Novembre 1975, Rec. 1975, p. 35.

(٤) انظر: Thierry Renoux, op. cit., p. 386.

جميع أدلة الإثبات، أو بسبب سوء تقديرها، وأن الاستئناف على هذا النحو يصبح أكثر من مجرد إعادة نظر ملف الدعوى لكن يعتبر طريقا لإنهاء الفصل فى الدعوى (Voie d' achévement du procés)، وأنه بناء على ذلك، فإن قاعدة ازدواج درجة التقاضى تعتبر مبدأ إجرائيا عاما لا يجوز أن يلحقه المساس إلا بنص تشريعى، بل وإن استبعاد الحق فى استئناف أحد الأحكام يعنى تعديل اختصاص محكمة الاستئناف، مما لا يجوز النص عليه إلا فى القانون إعمالا لقاعدة أن القانون هو مصدر قواعد الإجراءات الجنائية[1]. وهى وجهة نظر لم يأخذ بها المجلس الدستورى الفرنسى.

إلا أن المجلس الدستورى الفرنسى عنى بتقرير أنه لا يجوز أن يتقرر مبدأ التقاضى وفقا لمشيئة الخصم، فقضى النص التشريعى الذى يجيز للمجنى عليه أن يدعى مدنيا لأول مرة أمام محكمة الاستئناف على أساس أن هذا المسلك يجعل الكلمة بيده فى حرمان المتهم من حق استئناف الحكم الصادر فى الدعوى المدنية إذا لم يدع مدنيا أمام محكمة أول درجة[2].

وفيما يتعلق بالقيمة الدستورية لقاعدة ازدواج درجةالتقاضى فى مصر، ذهبت المحكمة الدستوية العليا فى مصر إلى أن ما ينص عليه المشرع من عدم جواز الطعن فى بعض الأحكام القضائية، لا مخالفة فيه لنصوص الدستور التى لا تحول دون قصر التقاضى على درجة واحدة فى المسائل التى فصل الحكم فيها[3]، وأن قصر التقاضى على درجة واحدة يدخل فى إطار السلطة التقديرية للمشرع[4]. إلا أن المحكمة الدستورية العليا [5] أكدت بأن قصر التقاضى فى المسائل التى فصل فيها على درجة واحدة، وإن كان يدخل فى إطار السلطة التقديرية التى يملكها المشرع، وبالقدر وفى الحدود الضيقة التى تقتضيها مصلحة عامة لها ثقلها، إلا أن المشرع إذا اختار التقاضى على درجتين، فإن كلا منهما ينبغى أن تستكمل ملامحها، وأن يكون استنفاذها بعد

---

(1) Thierry Renoux, op. cit., p. 387.

(2) Déc. no. 80-127 du 19 et 20 janveir 1981, Recueil jur. const., p. 91.

(3) المحكمة الدستورية العليا فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٩١ فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٠ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٩١ (العدد ٥١ تابع).

(4) دستورية عليا فى ٧ مارس سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ١٩ لسنة ١٩ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ مارس سنة ١٩٩٨ (العدد ١٢ تابع).

(5) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ فى القضية رقم ٦٤ لسنة ١٧ قضائية «دستورية»، الجريدة الرسمية فى ١٩ فبراير سنة ١٩٩٨ (العدد ٨).

الانتفـاع من ضمانـاتها دون نقصـان ، ذلك أن التقـاضى على درجتين كلما كـان مقـررا بنصـوص آمرة يعتبر أصـلا فى اقتضـاء الحقوق المتنـازع عليهـا ، ومـؤداه أن الخصومـة القضائيـة لا تبلغ نهايتها إلا بعد استغـراقها لمرحلتيهـا بالفصل استئنافيـا منها[1]. ولا يعنى ذلك الحكم عدول المحكمة الـدستورية العليا عن قضائهـا السابق فى هذا الشأن ، لأنها أكدت فى حكمها المذكور ما مؤداه جواز انغلاق طرق الطعن فى الأحكام ، بشرط أن يتحدد وفق أسس موضوعية لا يندرج تحتها مجرد سرعة الفصل فى القضايا بما يناقض طبيعتها ومع مراعاة مبدأ المساواة أمام القانون[2].

وننبه إلى أن تقـرير مـدى جواز الطعن من عـدمه مسألـة قانـونية تفصل فيهـا جهة القضـاء التى يـرفع إليهـا الخصم طعنه ، أى دعـواه ، فـلا يجوز لقلم الكتـاب أن يمنع التقرير بالطعن بحجة عدم جوازه ، وإلا كان ذلك المنع افتئاتا على الحق فى الالتجاء إلى القضاء وانتهاكا لحكم الدستور والقانون[3].

٢٩٩ـ مدى الأهمية الدستورية للطعن بالنقض

باستقراء النظم القضائية نجد أنفسنا أمام نموذجين للمحكمة القضائية العليا :

١ـ النموذج البريطانى متمثلا فى المحكمة العليا كـدرجة ثالثة للتقاضى وتندمج فى نظام درجات التقاضى ومثالها مجلس اللوردات فى بريطانيا .

٢ـ النمـوذج الفرنسى متمثلا فى محكمـة النقض (ومثالها فى فـرنسا ومصر) . وتختص

---

(١) وفى ضـوء هذا المبـدأ تثور الشبهـة حول مـدى دستوريـة المادة ٤١٩ / ١ إجراءات التى نصت على أنـه إذا حكمت محكمـة أول درجة فى الموضـوع ، ورأت المحكمة الاستئنـافية أن هنـاك بطلانـا فى الإجراءات أو فى الحكم ، تصحح البطلان وتحكم فى الدعـوى . وعلة هذه الشبهة أن البطلان له قيمـة دستورية حسبما بينا من قبل ، وهو لا ينتج أثرا ، الأمر الذى يؤدى إلى انتقاص إحدى درجتى التقاضى ممن حوكموا أمام محكمة أول درجة وفقا لإجراءات باطلة ، كما أن مبـدأ المساواة يتطلب مساواة الجميع فى المحاكمة أمام درجتين من درجات القضاء وفقا لإجراءات صحيحة .

(٢) دستورية عليا فى ٧ فبراير سنة ١٩٩٨ سالف الإشارة إليه .

(٣) وقد قضت المحكمة الإدارية العليا أن المنع المنسوب إلى قلم كتاب المحكمة فى قيد الدعوى (ويسرى ذلك على التقرير بالطعن) ليشكل قرارا إداريا ينطوى على عدوان صارخ على حق دستورى كفله الدستور لجميع المواطنين ألا وهـو حق الالتجاء إلى القضـاء ، وهـو حق مصـون ومكفول للنـاس كـافة ، ولا يجوز لأقـلام الكتاب بالمحاكم الامتناع عن قيد الدعاوى التى يرغب المواطنون فى إقامتها ، لأن هذا الامتناع يصادر بغير حق وبغير سند من القانون الضمان الدستورى لسيادة القانون ألا وهو حق الالتجاء إلى القضاء (٢٣ إبريل سنة ١٩٨٣ فى الطعن رقم ٤٥٤ و٦٩٤ لسنة ٢٧ ق ، مجمـوعة أحكام الإدارية العليـا س ٢٨ قاعدة ١٠١ ص ٦٧٩) .

هذه المحكمـة أساسـا بمراقبة صحـة تطبيق القانون والسعى نحـو الوصـول إلى وحدة التطبيق القضائى وتطوير تفسير قواعد القانون[١] .

وقـد لاحـظ المؤتمر التمهيـدى التحضيرى للمـؤتمر الـدولى الـرابع عشر لقـانـون العقوبـات ، والذى انعقد سنة ١٩٨٦ ظـاهرة زيادة العبء الملقى على عـاتق المحكمة العليا من كثرة القضايا المعروضة عليها ، وهو ما سبق أن بحثه المؤتمر العاشر للأكاديمية الدولية للقانون المقارن فى بودابست سنة ١٩٧٨ .

وإذ بحث المؤتمر الدولى الـرابع عشر لقانون العقـوبات هذه المشكلـة . أوصى بعدة حلول تمس إجراءات المحكمـة ، والتنظيم القضائى ، ونشاط نقابـة المحامين ، والخدمة المتاحة لقضاة المحكمة . ففيما يتعلق بإجـراءات المحكمة يمكن استحداث نظام لتنقية الطعون المرفوعـة أمام المحكمة بالتنظيم القضـائى وذلك بإنشاء محكمة للدرجـة الثانية تنظر القضايا قبل عرضها على المحكمة العليا . وفيما يتعلق بنشاط نقابة المحامين يمكن الأخذ بنظـام تخصيص المحامين المقبولين أمام هـذه المحكمة . أما فيما يتعلق بـالخدمة المتاحـة لقضاة المحكمة العليا ، فقـد اقترح تحسين المساعدة المتاحـة لهؤلاء القضاة مثل توفير مساعدى القضاة الأكفاء كالبـاحثين ، وتوفير الوسائل التقنية الحديثة . وقد اقترح البعض تقليل فرص الطعن أمـام المحكمة العليا بحيث يقتصر على القضايـا التى يلزم فيها توحيد التطبيق القضائى للقواعد القانونية[٢] . بينما عارض البعض الآخـر فى ذلك مناديا بأن محاولات تطوير الإجراءات الجنـائية لضمان سرعة الفصل فى القضايا يجب أن تمضى فى طريقها دون المسـاس بالضمانات الإجرائيـة المتاحة لإعلاء سيـادة القانون ، أو تلك التى تكفل فاعلية الدفاع[٣] . وقد لاحظ البعض أن زيادة عـدد الدوائر القضائية قد يعرض للخطر وظيفة محكمة النقض فى توحيد التطبيق القضائى للقانون .

ويقود هذا البحث إلى بيان القيمة القانونية والدستورية للطعن بالنقض .

---

(١) انظر Pisani فى التقرير العام الدولى الرابع عشر لقانون العقوبات فى موضوع (العلاقة بين التنظيم القضائى وقواعد الإجراءات الجنائية) .

Revuc internationale de droit pénal 60 année, 1989, p.641 et 642.

(٢) انظر تقرير Spinellis الأستاذ بجامعة أثينا المقدم للمؤتمر الدولى الرابع عشر لقانون العقوبات .

Rev. Inter. de droit pénal, op. cit., p.828.

(٣) انظر تقرير R, Bottcher المقدم للمؤتمر الدولى الرابع عشر لقانون العقوبات .

Rev. Inter. de droit pénal, op. cit., p.980.

لقد اتجه المجلس الدستورى فى فرنسا إلى أن الطعن بالنقض يعتبر ضمانا أساسيا لا يجوز لغير القانون وحده أن يحدد قواعده. وعلى هذا النحو فإن المجلس الدستورى[١] قد أضفى على الطعن بالنقض الطبيعة التشريعية.

ومع ذلك، فقد ثار البحث حول مدى تمتع الطعن بالنقض بقيمة دستورية.

وذهب البعض إلى أن باب هذا البحث لازال مفتوحا وأنه بتحليل قرار المجلس الدستورى الفرنسى فى مايو سنة ١٩٨٠ نجد أنه قد أشار بقوة إلى ما يتمتع به هذا الطعن من أهمية فائقة لحسن العدالة، وأن هذا الطعن يسمح فى واقع الأمر بالتحقق من أن محكمة الموضوع فى حدود سلطتها المطلقة فى تقدير الوقائع قد طبقت القانون تطبيقا سليما من خلال احترامها القواعد الشكلية الجوهرية. وأضاف هذا الاتجاه إلى أن الطعن بالنقض يكون لمصلحة القانون بواسطة النيابة العامة، وأنه منذ نشأته يؤدى دورا أساسيا فى حماية التطبيق السليم للقانون، ويكفل بذلك احترام مبادئ وحدة القانون الوطنى والمساواة أمام القانون، وأن تفسيرها للقانون يسمح من خلال القيمة الرفيعة لأحكامها بتحقيق وحدة القضاء، الأمر الذى يؤدى إلى ضمان الأمن والاستقرار القانونى[٢].

وقد ثار الجدل من جديد فى فرنسا حول مدى وجود حق أساسى فى الطعن بالنقض، بمناسبة طعن بالنقض رفع ضد قرار أصدرته غرفة الاتهام بمعاقبة أحد مأمورى الضبط القضائى فى حدود اختصاصها طبقا للمواد ٢٢٤ إلى ٢٣٠ إجراءات جنائية فرنسى بشأن إخلال مأمورى الضبط القضائى بواجبات وظائفهم؛ فطعن المحكوم عليه فى هذا القرار أمام محكمة النقض الفرنسية على أساس أن المادة ٥٦٧ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى تسمح بالطعن بالنقض فى جميع القرارات والأحكام الصادرة منذ آخر درجة سواء فى الجنايات أو الجنح أو المخالفات. وقد أسس الطاعن طعنه على أن رئيس غرفة الاتهام قد شارك فى التحقيق المنسوب إليه مما لا يجيز له فى الوقت ذاته أن يشترك فى محاكمته. إلا أن محكمة النقض الفرنسية سمحت لنفسها أن تنظر هذا الطعن رغم أن قرار غرفة المشورة لم يصدر فى إحدى مواد الجنايات أو الجنح أو

---

(١) مشارا إليه فى التقرير العام D. Pisani.

Rev. Inter. de droit pénal, op. cit., p.644.

(٢) انظر: Thierry Renoux, op. cit., p.388 , 389.Pisani

المخالفات، ورفضت هذا الطعن على أساس أن غـرفة المشورة حين تمارس اختصاصها التأديبى المنصـــوص عليـه فى المواد من ٢٢٤ إلى ٢٣٠ إجـراءات فـــرنسى لا تفصل فى منازعـات متعلقة بحقـوق أو التزامات ذات طبيعـة مدنيـة ولا تفصل فى اتهام جنائى. ومن ثم، فلا يتمتع الطاعن بالحق فى ضمان محاكمة منصفة[١]. وأنكرت محكمة النقض الفرنسية فى هـذا الحكم عدم انطباق المادة ٦ / ١ من الاتفاقية الأوربيـة لحقوق الإنسان التى تضمن الحق فى محاكمة منصفة. وقد أثار هذا الحكم عاصفة من النقد على أساس أن قبول محكمة النقض رقابتها على هـذا الحكم من حيث المبدأ كان يوجب عليها بسط نطاق هذه الرقابة على ضمانات المحاكمة أمام غـرفة المشورة، باعتبار أن هذه الرقابة هى من واجبات المحكمة الأعلى[٢]. ويتفق هذا المبدأ مع التقليد الـذى جرت عليه محكمة النقض الفـرنسيـة بفتح باب الطعن أمـامهـا مـا لم ينص القانـون صراحـة على عكس ذلك[٣].

---

(١) Cass. Crim. 26 Février 1997, Bull., No. 78.

(٢) Serge Guinchard, op. cit., p.199.

(٣) Cass. 12 Mai 1812, Jurisprudence générale, V. cassation No. 94.

الباب الرابـــع

الضمانات الدستورية للإجراءات الجنائية في الظروف الاستثنائية

٣٠٠ـ تمهيد

بينا فيما تقدم الضمانات الدستورية فى قانون الإجراءات الجنائية، ومع ذلك فإنه إذا تعرض أمن الدولة للخطر، قد تجدّ ظروف استثنائية تدعو إلى الخروج عن بعض هذه الضمانات. وتبريرا لذلك قيل بأنه فى هذه الظروف قد يتطلب الأمر فى بعض الحالات وضع غلالة على الحرية(١). كما قيل بأن حماية النظام العام هدف له قيمة دستورية قد يعتمد عليه المشرع لتقييد ممارسة الحريات الدستورية، لأنه بدون حماية النظام العام لا يمكن كفالة ممارسة هذه الحريات(٢). إلا أن هذا القول اعترض عليه Laboulaye بقوله بأنه ليس صحيحا أن المحظور يصبح مشروعا، لأنه فى الحالات الأكثر صعوبة يمكن

---

(١) انظر: Jean Gicquel, Les états de nécessité (droit constitutionnel et droits de l'homme, Rapports français au 11 congrés mondial de l'association international de droit constitutionnel), Paris 1987, collection droit public positif 1987, p.181.

(٢) Philippe Terneyre, Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité, op. cit., p.191.

وانظر:

Cherif Bassiouni, Les états d'urgence et d'exception: (les droits de l'homme et de l'impunité sous couvert du droits Intangibles et États d'exception), Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 107- 123.

الدفاع بالقوانين العادلة والأحكـام التى تصدر فى الظروف العادية، وأنه لا يمكن وضع غـلالـة على الحريـة، لأنه تحت هـذه الغـلالـة تنتهك الحريـة، وبهذا الانتهـاك تقتل الحرية[1].

إلا أن الظروف الاستثنائيةقـد تقتضى مبادرة السلطة العامة بـاتخاذ تدابير عاجلة أو إجراءات استثنائية لا تسمح بها قواعد القانـون المقررة فى الظروف العادية. ولذلك نجد أن الدولة عندما تواجه بعض الظـروف الاستثنائية تضطر إلى التحلل من بعض القواعد المقررة فى القـوانين المنظمة للحريـة لكى تفسح المجال أمام قـواعد أخرى أكثـر تضييقا وتقييدا ولما كان هذا الموقف يتم فى حدود الدستـور، وكانت نصوص الدستور متكاملة متساندة، وكـان يتعين المحافظة دوما على النظـام العام الدستورى، فـإنه يتعين تحديد نطاق الضمانات الدستورية للإجراءات الجنائية فى الظروف الاستثنائية.

إن تحديد هذه المسألة يتطلب البدء بتحديد أساس الظروف الاستثنائية. وبعد ذلك نحدد نطاق الضمانات الدستورية فى هذه الظروف.

---

(١) Au fond, on ne voile pas la liberté, on la viole et, en la violant, on la tue, (Gilles Lebreton, op. cit., p. 188).

الفصل الأول
أساس الظروف الاستثنائية

ترتكز الظروف الاستثنائية على أساسين : أولها، فلسفى . وثانيهما، دستورى .

٣٠١ـ الأساس الفلسفى

تتطلب الظروف الاستثنائية شرعية تتلاءم معهـا ترتكز على نظرية الضرورة، بوصفها نظريـة عامـة فى القانـون، وتجيز التصرف بطـريقة تجافى القـواعد الـواجب اتبـاعها فى الظروف العامة، بقدر ما تتطلبـه هذه الضرورة . وقد عنى المجلس الدستورى الفرنسى واجب الدولة فى كفالة الاحترام لمؤسسات الدولة، واستمرار حياة الأمة، وضمان حقوق وحريات المواطنين[١]. ولاشك أن هذه المهـام الدستورية الأسـاسية تقع بوجـه خاص على السلطات العـامة ــ كل فى حدود اختصاصـه ـ وعليهم ممـارستها ويـدق الأمر فى الظـروف الاستثنائيـة التى تتعـرض فيها المصلحـة العـامة ــ متمثلـة فى النظام العـام ـ للخطـر، مما يـدعو المشرع إلى أن يجرى تـوازنا ضروريـا بين احترام الحقوق والحريـات، وحمايـة النظام العـام الذى بـدونه لا يمكن كفـالـة الحريات . وهـذا ما أكـده المجلس الدستورى الفرنسى[٢]، و قد نصت المادة٤ من إعلان حقوق الإنسان للثورة الفرنسية، فإن الحرية هـى فى ممارسة كل مـا لا يضر بالغير، كما أن ممـارسة الحقـوق الطبيعية لكل إنسان لا يقيدهـا إلا ما يكفل لسائر أعضاء المجتمع التمتع بالحقـوق نفسها، وأن هذه

---

(١) 85 - 188 Dc du 22 Mai 1985, Recueil Juris const. (1959 - 1993), p.224.

وكان رئيس الجمهوريـة الفرنسية طبقا للمادة ٥٤ من الـدستور الفرنسى قد طلب من المجلـس الدستورى مدى اعتبار البروتوكول السادس المضاف إلى الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، والذى يلغى عقوبة الإعدام مع جواز توقيعها على الأعمال التى تقع فى زمن الحرب أو الخطر الحال بالحرب .

(٢) 85 - 187 Dc du 25 janvier 1985, Recueil Juris const., p.224.

القيود يمكن أن يحددهـا القانون[1]. فـالتـوازن يجب أن يتم بين مختلف أهـداف القيم الدستورية والتى تتمثل فى حماية النظام العام، واحترام الحقوق والحريات .

وعلى المستـوى الـدولى، اعتبرت حـالـة الضرورة معيـارًا للتحقق من مـدى شرعيـة التدابير الاستثنائيـة المتخذة فى النطاق الأوربى . وقد تجلى ذلك فى قـرار اللجنة الأوربية الصـادر سنـة ١٩٦٠ فى قضيـة "Lawless" والذى أيـدته المحكمـة الأوربية لحقـوق الإنسـان فى أول يوليـة سنـة ١٩٦١ . فقد جـاء فى هـذا القرار أن أفضل وسيلـة لتقييم ضرورة التدابير الاستثنائيـة تتجلى فى معيار ثلاثى هو فيما إذا كـانت التدابير المتخذة من طبيعتهـا المسـاهمة فى حل مشكلة خـاصـة تعتبر جـزءا من الحالة الاستثنـائيـة التى تمر بـالبلاد، وفيما إذا كـان حل هـذه المشكلـة لا يتحقق بـالتدابير العـاديـة التى تتفق مع القواعـد الدوليـة التى لا تجوز مخالفتها، وفيما إذا كـان يمكن حل هذه المشكلـة بتدابير استثنائية أخرى لها نتائج أقل تـأثيرا على حقوق الإنسان . وتطبيقا لهذه المبادئ، قضت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بشرعية القرارات الإدارية باعتقال المشتبه فى اشتراكهم فى أعمال إرهابية[2].

وقضت المحكمـة الأوربيـة لحقـوق الإنسـان فى ٢٨ مـايـو سنـة ١٩٩٣ فى قضية "Brannigan et Mc bride" حول شرعية القانـون الصادر سنة ١٩٨٤ والذى أصدرتـه المملكة المتحدة لمواجهة الإرهـاب، والذى يسمح بالاعتقـال الإدارى طالما أن المعتقل يستطيع الالتجاء إلى القضـاء من خلال الـ "Habeas corpus" للمنازعة فى شرعية الاعتقال الإدارى[3].

وواضح ممـا تقـدم، أن الأسـاس الفلسفى للظـروف الاستثنـائية يستنـد إلى حـالـة

---

(١) انظر فى هذا المعنى:

82 - 141 Dc du 27 Juillet 1982, 82 , Recueil juris constit. 1959 - 1993, p.126.

(٢) CEPH, Affaire, lawless, serie B, Memoues, Plaidoiries et documents, 1960 - 1961, p.131.

وقد تأيد هذا القرار بحكم المحكمة فى أول يولية سنة ١٩٦١ :

Arrêt du 1er Juillet 1961, Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme, 4e édition, Sirey, 1994, No.174 - 178, pp. 68, 69.

(٣) Arrêt du 28 Mai 1993, Jurisprudence de la Cour Européenne, op. cit., No.184 - 189, pp. 72, 73.

الضرورة. وبمقتضى هذه الحالة يحدد التشريع السلطات الاستثنائية التى يمنحها للسلطة العامة، بناء على حالة الضرورة. وبقدرها يتم تحديد هذه السلطات الاستثنائية ونطاقها. وقد حاول البعض فى هذا الصدد التمييز بين (سلطات الأزمة) pouvoirs de crise، و(السلطات الاستثنائية) pouvoirs exceptionnels. وقال بأن سلطات الأزمة تواجه أوضاعا استثنائية ذات طبيعة سياسية مثل حالة الحرب، ومحاولة قلب نظام الحكم، بينما (السلطات الاستثنائية) تواجه أوضاعا استثنائية ليست ذات طبيعة سياسية كالكوارث الطبيعية. على أن التفرقة بين هذين النوعين من السلطات يفتقر إلى المعيار العلمى[1].

وقد واجه قانون الطوارئ "La loi sur l'état d'urgénce" فى مصر وفرنسا الظروف الاستثنائية بغض النظر عن مصدرها سواء كان سياسيا أو غير سياسى.

٣٠٢ـ الأساس الدستورى:

(أ) فى فرنسا:

أقام قضاء مجلس الدولة الفرنسى[2]. نظرية لحالة الطوارئ بمقتضاها يجوز للإدارة التحلل من مراعاة القواعد الشكلية التى تنظم مباشرة الأعمال الإدارية الفردية. وتأثرا بهذا القضاء جاء الأمر الصادر فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ الذى يسمح لوزير الداخلية فى حالة الطوارئ المطلقة "urgence absolue" باستبعاد الأجنبى دون المثول أمام اللجنة المختصة بنظر الاستبعاد. وجاء القانون الصادر فى ١١ يولية ١٩٧٩ الذى يعفى الإدارة من تسبيب أعمالها الفردية التى تقيد ممارسة الحريات العامة فى الطوارئ المطلقة. وقد قرر القضاء الفرنسى كذلك أن حالة الطوارئ يمكنها تبرير عدم مراعاة بعض قواعد الاختصاص. ومع ذلك فقد راقب قضاء مجلس الدولة الفرنسى سوء تطبيق حالة الطوارئ فاعتبر المساس بالحريات العامة دون توافر هذه الحالة موجبا للتعويض.

واعتبارا من ١٩١٨ أقام مجلس الدولة الفرنسى نظرية للظروف الاستثنائية أكثر

---

(١) Õlivier Duhamet et yves Mény; Dictionnaire constitutionnel, Paris, 1992, p.786.

(٢) انظر هذا القضاء الذى بدأ منذ سنة ١٩٠٢ مشارا إليه فى:
Gilles Lebreton, Libertes publiques et droits de l'homme, op. cit., p. 193.

خطورة مـن نظريتـه فى الطوارئ فيما يتعلق بتهـديد الحريات العـامة . وبمقتضـى هذه النظرية يجوز لجهة الإدارة أن تقوم بما هو ضرورى لمباشرة أعمالها فى الظروف غير العادية ، وتجيز لها هذه الظروف أن تتجـاوز مؤقتا عن تدرج القواعد القانـونية . وقد قيل بأن هذه النظـريـة لم تفعل أكثـر من إحياء المثل القـديم القـائل بأن (الضرورة تصنع القـانـون) "nécessité fait loi" وبمقتضى هذه النظرية اعتبرت أعمالا مشروعة تلك الأعمال التى تعتبر باطلـة بسبب الانحراف فى استعمال السلطة إذا مـا بوشرت فى الظروف العـادية . ومع ذلك فقد راقب مجلس الدولة الفرنسى مدى تـوافر الظروف الاستثنائية (وهى : إما حالـة الحرب ، أو حالـة الحرب الأهلية ، أو حـالة الكـوارث الطبيعية)[1] وذلك وقـت مباشرة الفعـل ، ومدى تناسـب التدبير محل النزاع مع الظـروف الاستثنائيـة لكى يحكم بمدى صحة القرار الصادر بناء على هذه الظروف ، وأكد عند عدم توافر التناسب التزام جهة الإدارة باحترام الشرعية الاستثنائية فى حالة عدم توافر الشرعية العادية[2] .

وترتكـز الظروف الاستثنائيـة فى فرنسا على أسـاس دستورى وآخر قـانونى ، ويتمثل الأساس الدستورى فى ثلاث حالات ، هى :

(الأولى) : التفويض التشريعى **"l'habilitation legislative"** ، وقد نصت عليه المادة ٣٨ من الـدستور الفـرنسى وطبقـا لهذه المادة يجوز للبرلمان أن يـرخص للحكومـة لتنفيذ بـرنامجهـا أن تتخذ بقـرار منها التـدابير التى يختص القـانون بتشريعهـا ، ويكون التفويض لمدة محدودة قابلة للتجديد[3] .

(الثانية) : الأحكام العرفية **"État de siege"** ، وتستند إلى المادة ٣٦ من الـدستور الفرنسى . ويشير المعنى الحرفى لهذا الاصطلاح (حالة الحصار) إلى مبرراتها ، وذلك حين تتعـرض البلاد لخطـر العـدوان العسكـرى المترتب على حرب أجنبيـة[4] ، أو عصيـان مسلح ، فيلتزم المواطنـون بحكم الضرورة بالـدفاع عن وطنهم وهـو ما يـؤدى إلى فرض

---

(١) وقد قاس البعض على ذلك الكوارث التكنولوجيـة مثل انفجار مركز نووى (انظر: Gilles Lebreton op. cit., p. 194.)

(٢) انظر: Gilles Lebreton op. cit., p. 193

(٣) صدر قرار بـالتفويض بتاريخ ٢ يوليو سنـة ١٩٨٦ يرخص للحكومة بالقيـام بالخصخصة "privatiser" بواسطة أوامر تصدرها حتى ٢ مارس سنة ١٩٩١ . انظر:

Ölivier Duhamel, yves Meny, op. cit., p.789.

(٤) وقد أعلنت الأحكام العرفية بمناسبة الحرب العالمية الأولى سنة ١٩١٤ ، والحرب العالمية الثانية سنة ١٩٣٩ .

النظام العسكرى على إدارة البلاد . وتسمى هذا الحالة بالأحكام العرفية العسكرية "État de siège militaire" . وقد امتد معنى الأحكام العرفية لكى يشمل مجرد تهديد الأمن الداخلى أو الخارجى وسميت هذه الحالة بالأحكام العرفية السياسية "État de siège politique" . وواضح مما تقدم ، أن الأحكام العرفية العسكرية تفترض قيام حالة الحرب وتعلن لمواجهة ضرورة الدفاع ضد العدوان العسكرى ، بخلاف الأحكام العرفية السياسية فإنها تعلن لمجرد الخطر المترتب على الحرب سواء وقعت الحرب الفعلية أو حدث مجرد تهديد بنشوبها ، وذلك لمواجهة ضرورة المحافظة على الأمن الداخلى والخارجى . وبعبارة أخرى ، فإن ضرورة الدفاع عن الوطن فى مواجهة الغزو العسكرى هو أساس الأحكام العرفية العسكرية ، وضرورة الدفاع عن الأمن الداخلى والخارجى للوطن هو أساس الأحكام العرفية السياسية[١] .

(الثالثة) : **حالة الأزمة الوطنية** ، فقد واجه الدستور الفرنسى فى المادة ١٦ هذه الحالة ، فخول رئيس الجمهورية سلطة اتخاذ بعض التدابير لمواجهة الأزمة الوطنية التى تمر بها البلاد ، وذلك حين تتعرض للخطر الجسيم الحال مؤسسات الدولة واستقلال الوطن وسلامة أراضيه ، أو تنفيذ التزاماته الدولية ، وحين يتوقف سير العمل المعتاد فى المؤسسات العامة الدستورية . وفى هذه الحالة يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التى تحتمها هذه الظروف بالتشاور مع رئيس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ وكذلك مع رئيس المجلس الدستورى[٢] . ويوجه رئيس الجمهورية رسالة للشعب بالقرار الذى اتخذه لمواجهة الأزمة[٣] . ويجب أن يستوحى رئيس الجمهورية

---

(١) انظر: Rivero, op. cit., p.258.

(٢) وكما قال ريفيرو، فإن إجراء هذه المشاورات ضرورى ، إلا أن رئيس الجمهورية لا يلتزم بالأخذ بنتيجتها .(Rivero, op. cit., p.254) .

(٣) ويرجع التفكير فى مواجهة هذه الحالة إلى حادثين ، الأول ، وقع للجنرال ديجول الذى يرجع إليه الفضل فى إصدار دستور ١٩٥٨ ، فقد بين الجنرال فى الجزء الأول من مذكراته تعليقا على احتلال فرنسا سنة ١٩٤٥ ، بأنه يجب القول بأن النظام فى هذا الوقت لم يكن يسمح لرئيس الحكومة الأخيرة فى الجمهورية الثالثة بأن يتخذ أى إجراء ، وأن اضمحلال الدولة كان فى الواقع مأساة قومية . وقد أدى هذا الحادث إلى التنبه إلى منح رئيس الجمهورية الاختصاصات التى تمكنه من مواجهة الأزمات الوطنية . أما الحادث الثانى ، فيرجع إلى تاريخ سابق هو ٢ ديسمبر سنة ١٨٥١ حين قاد رئيس الجمهورية الثانية لويس نابليون انقلابا أقام بعده نظاما دكتاتوريا للحكم ، فقد كان لهذا الحادث الثانى أثره فى ضبط ممارسة رئيس الجمهورية لسلطاته فى حالة الأزمة الوطنية بشرط موضوعية وشكلية معينة "Rivero, op. cit., p.253" . وانظر فى الموضوع الدكتور يحيى الجمل ، نظرية الضرورة فى القانون الدستورى ص ١٧٨ وما بعدها . =

التدابير التى يتخذها من العمل على توفير وسائل قيام المؤسسات الدستورية بمهمتها . ويعتبر البرلمان مجتمعا بقوة الدستور. ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة الأختصاصات الاستثنائية المخولة له .

وبالإضافة إلى هذه الحالات الثلاث التى ترتكز على أساس دستورى، توجد حالة رابعة ترتكز على أساس قانونى، هى حالة الطوارئ .

حالة الطوارئ "État d'urgence"، وقد نظم هذه الحالة القانون الصادر فى ٣ إبريل سنة ١٩٥٥ الذى ظل قائما بعد صدور دستور ٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ . وعلى الرغم من أن هذا الدستور قد نظم فى المادة ٣٦ حالة الأحكام العرفية دون حالة الطوارئ، إلا أن المجلس الدستورى فى فرنسا رأى أن النصوص الدستورية التى نظمت الحالات المبنية على الضرورة لا تستبعد وجود حالات أخرى نص عليها الدستور بطريقة ضمنية لكى يسمح فيها للمؤسسات السياسية أن تؤدى مهمتها، وخاصة فيما يتعلق بحماية الحقوق والحريات .

وقد رأى المجلس الدستورى بأن كل ما لا ينص الدستور الفرنسى على النهى عنه، يمكن للمؤسسات الدستورية صاحبة الشأن أن تقوم به . ومن ثم، إذا كان الدستور لم يمنع المشرع من النص على نظام حالة الطوارئ، فإنه يجوز للمشرع أن يتولى تنظيم هذه الحالة[1]. وعلى أية حالة، فإن المرسوم الصادر فى ١٥ إبريل سنة ١٩٦٠ أخضع إعلان حالة الطوارئ لذات الشروط المتبعة عند إعلان الأحكام العرفية طبقا للمادة ٣٦ من الدستور الفرنسى من حيث الاكتفاء بإعلانها بقرار من رئيس الوزراء بشرط ألا تزيد عن مدة اثنى عشر يوما ما لم يرخص البرلمان بمد هذه المدة، ويترتب على سقوط الحكومة أو حل الجمعية الوطنية انتهاء هذه الحالة .

= وقد لوحظ أن التدابير التى يتخذها رئيس الجمهورية طبقا للمادة ١٦ من الدستور الفرنسى والتى تمس الحريات العامة تدخل فى نطاق المادة ٣٤ من الدستور مما يجعل أوامر رئيس الجمهورية بشأنها بمثابة تشريعات فتفلت بذلك من رقابة مجلس الدولة، كما أن المجلس الدستورى لا يراقبها لأنه لا يراقب سوى دستورية التشريعات التى يقرها البرلمان. وقد انتقد مسلك مجلس الدولة الفرنسى ووصف بأنه قد سجل بطريقة سلبية انتهاك الحريات العامة (انظر: Gilles Lebreton, op. cit., p.p. 184,185) .

(١) انظر: Philipp Terneyre, op. cit., p.194.

وانظر قرار المجلس الدستورى الفرنسى فى ٢٥ يناير سنة ١٩٨٥ .

85 - 187 Dc du 25 Janvier 1985 Recueil Juris constit. (1959 - 1993), p. 223.

(ب) فى مصر:

إذا كانت نظـرية الضرورة أسـاسا فلسفيـا لتبرير السلطـات الاستثنائيـة فى الظروف الاستثنائية، فإن ذلك وحـده لا يكفى ما لم تسمح الشرعية الدستـورية بهذا الاستثناء. وإذا كان أسـاس هذا الاستثنـاء هو التـوازن بين متطلبات حمايـة النظام العـام، وحماية الحقوق والحريـات، فإن هذا التوازن نفسـه هو أساس الشرعيـة الدستوريـة فى الأحوال العادية. ولا يختلف الأمـر عنه فى الظروف الاستثنائية إلا فى الانحياز نحـو حماية النظام العام نظرا لما يتهدده من أخطار فى هذه الظـروف الاستثنائية، وهو انحياز لا يتحقق فى الظروف العادية؛ لأن النظام العام لا يتعرض لذات الخطر الذى يتعرض له فى الظروف الاستثنائية. ومن ثم، فإن التوازن بين الحقوق والحريات، والمصلحة العامة يكون معيارا موحـدا للشرعية الدستـورية فى كل من الظروف العـادية والظروف الاستثنـائية. ويأتى الاختلاف فى شكل هذا التـوازن تقديرا للظروف الاستثنائية التى تفـرض تحديات معينة على المصلحة العامة.

فإذا نظرنـا إلى الدستـور المصرى، نجد أنـه قد واجه الظـروف الاستثنائيـة فى ثلاث حالات:

(الأولى): التفويض التشريعى، إذ نصت المادة ١٠٨ من الـدستور على أن لـرئيس الجمهورية عند الضرورة وفى الأحوال الاستثنائية وبناء على تفـويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه أن يصدر قرارات لها قـوة القانون، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليها، ويجب عرض هـذه القـرارات على مجلس الشعب فى أول جلسـة بعد انتهـاء مـدة التفـويض، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون.

(الثانية): حالة الطوارئ، إذ نصت المادة ١٤٨ من الـدستـور على أن يعلن رئيس الجمهورية حالـة الطوارئ على الوجه المبين فى القانون، ويجب عـرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسـة عشر يوما التـالية ليقـرر ما يراه بشأنـه. وإذا كان مجلس الشعب منحلا يعـرض الأمر على المجلس الجديد فى أول اجتماع لـه. وفى جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، ولا يجوز مدها إلا بموافقة مجلس الشعب[1].

---

(٢) هـذه المادة تقـابل المادة (٤٥) من دستـور ١٩٢٣، والمادة (٤٥) من دستـور ١٩٣٠، والمادة (١٤٤) من دستور ١٩٥٦، والمادة (٥٧) من دستور ١٩٥٨، والمادة (١٢٦) من دستور ١٩٦٤.

وتتسع هذه الحالـة أيضا لحالة الأحكـام العرفية التى عرفهـا القانون الفـرنسى . وقد قضت المحكمة العليا أن نظـام الطوارئ نظام أجاز الدستور فرضـه كلما تحققت أسبابه ودواعيـه، وأولها تعرض الـوطن لخطر يهدد سـلامة أمنـه أو نشوب حـرب أو التهديـد بنشوبها أو اضطراب الأمن، وذلك لمواجهـة هذا الخطر بتدابير استثنائية حـددها قانون الطوارئ حفظا لسلامة الوطن وأمنه[1]. وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل فى حـالة الطـوارئ أن إعـلانها لا يكون إلا لمواجهـة نـذر خطيرة تتهـدد معها المصـالح القومية، وقـد تنال من استقرار الدولـة أو تعرض أمنها وسلامتهـا لمخاطر داهمة . وهى بعد، حـالة لا تلائمهـا أحيانا ـ بـالنظر إلى حدتها وطبيعـة المخاطر المرتبطـة بها ـ تلك التدابير التى تتخذها الدولة فى الأوضاع المعتادة، باعتبار أن طبيعتها ومداها تفرض من التدابير الاستثنـائية ما يناسبهـا ويعتبر لازما لمواجهة تبعاتها، ولا تنحصر هـذه التدابير الاستثنـائية بـالضرورة فيما يكـون ضروريا منهـا لمواجهـة الجرائم التى تهدد أمن الدولـة الداخلى والخارجى، بل تتناول فى عـديد من صورها وتطبيقـاتها جرائم أخرى تخرج عن هذا النطاق وتتجاوزه، ولا نزاع فى خطورتها أو فى اتحادهـا معها فى علة خضوعها لتلك التدابير الاستثنائية التى تقتضيها سرعة الفصل فيها ردعا لمرتكبيها وحفاظا على السلامة القومية بما يكفل تأمينها مما يخل بها وبطريق غير مباشر[2].

(الثالثة) : الأزمة الوطنية، إذ نصت المادة ٧٤ من الدستور على أن لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحـدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مـؤسسات الدولة عن أداء دورها الـدستورى أن يتخـذ الإجراءات السريعة لمواجهـة هذا الخطر، ويـوجه بيـانا إلى الشعب، ويجرى الاستفتاء على ما اتخذه من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها .

وإذا تأملنا فى الحالات الثـلاثة السابقـة، نجد أن الدستـور نفسه فى الحالتين الأولى والثـالثـة قد أوضح شكـل التوازن بين متطلبـات حمايـة المصلحـة العامـة فى الظـروف الاستثنائيـة، وحماية الحقـوق والحريات. وتـرك الأمر للمشرع فى الحالـة الثانيـة (حالـة الطوارئ)، حيث عالجها بالقرار بقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ .

---

(١) حكم المحكمة العليا فى ٥ فبراير سنة ١٩٧٧، فى القضية رقم ٢٢ لسنة ٦ قضائية «عليا»، مجموعة أحكام المحكمة العليا جـ ٢، ص ٣٢.

دستورية عليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ فى الطلب رقم ١ لسنـة ١٥ قضائية «تفسير»، الجريدة الرسمية العدد ٤ مكرر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣ .

(٢) Ölivier Duhamet et yves Mény; Dictionnaire constitutionnel, Paris, 1992, p.786.

(٣) انظر هذا القضاء الذى بدأ منذ سنة ١٩٠٢ مشارا إليه فى :

Gilles Lebreton, Libertes publiques et droits de l'homme, op. cit., p. 193.

الفصل الثـــــانى
نطاق الضمانات الدستورية للإجراءات الجنائية فى الظروف الاستثنائية

٣٠٣ـ ذاتية الشرعية الدستورية والظروف الاستثنائية

بينا فيما تقدم، أن الشرعية الدستورية ترتكز على كل من الديمقراطية، وسيادة القانون واحترام الحقوق والحريات. إلا أن أحدا لا يجادل فى أن الظروف الاستثنائية تسمح بوضع قيود على الحريات والحقوق. فالضمانات التى توفرها الشرعية الدستورية فى الظروف العادية لا تطبق بذاتها فى الظروف الاستثنائية، ولاشك، لأن أهمية المحافظة على النظام العام المعرض للخطر تبدو أكثر دقة فى الظروف الاستثنائية عنها فى الظروف العادية، مما يجعل التوازن بين مراعاة النظام العام كمصلحة عامة أمرا واجبا فى إطار التوازن بينه وبين الحقوق والحريات.

ففى نطاق الظروف الاستثنائية لا يمكن أن يتم التوازن على حساب المصلحة العامة، لأنه بدون حماية النظام العام فسوف تتعرض الحقوق والحريات للخطر. وبناء على ذلك، تكون القيود على الحرية الشخصية والحقوق أوسع نطاقا مما تتضمنه الإجراءات الجنائية فى ظل الشرعية الدستورية فى الظروف العادية. وفى هذا الشأن، فإنه إذا كان المساس بالحرية الشخصية يعتبر غير دستورى فى الظروف العادية، فإنه يكون صحيحا إذا تم تطبيقا للنظام القانونى للسلطات الاستثنائية[1].

قد ذهبت المحكمة الدستورية العليا فى مصر إلى أن حالة الطوارئ ـ بالنظر إلى حدتها وطبيعة المخاطر المرتبطة بها ـ لا تلائمها أحيانا تلك التى تتخذها الدولة فى الأوضاع المعتادة باعتبار أن طبيعتها ومداها تفرض من التدابير الاستثنائية ما يناسبها،

---

(١) 76 - 77 Dc du 12 Janvier 1977, Recueil juris constit. (1959 - 1993), p.47.

ويعتبر لازما لمواجهة تبعاتها، ولا تنحصر تلك التدابير الاستثنائية بالضرورة على ما يكون ضروريا منها لمواجهة الجرائم التى تهدد أمن الدولة الداخلى أو الخارجى، بل تتناول فى عديد من صورها وتطبيقاتها جرائم أخرى تخرج عن هذا النطاق وتجاوزه[1].

هذا، وقد نصت المادة الرابعة من العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية على أنه فى حالة الطوارئ الاستثنائية التى تهدد حياة الأمة فى فترة محددة، والمعلن قيامها رسميا يجوز للدول الأطراف فى هذا العهد أن تتخذ فى أضيق الحدود التى يتطلبها الوضع تدابير لا تتقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولى وعدم انطوائها على تمييز يكون مبرره الوحيد هو العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الأصل الاجتماعى ... إلخ. (الفقرة الأولى)، على أن التدابير الاستثنائية الممنوحة فى هذه الظروف يجب أن يبنيها التشريع بطريقة واضحة ومحددة لتجنب أى تعسف فى تطبيقها ولتحاشى أى غموض حول حقوق الأفراد وواجباتهم[2]. ومع ذلك، فإن هذه التدابير الاستثنائية لا يجوز أن تمتد إلى الحقوق «الأساسية» المنصوص عليها فى المواد ٦ و ٧ و٨/ ١ و٢ و ١١ و ١٥ و ١٦ و ١٨ من هذا العهد الدولى (المادة ٤/ ٢)، أى أنه لا يجوز لأية دولة أن تخالف التزامها بحماية الحق فى الحياة (المادة ٦)، والحق فى عدم الخضوع للتعذيب (المادة ٧)، والحق فى عدم الخضوع للاسترقاق والعبودية (المادة ٨)، والحق فى عدم التعرض للحرمان من الحرية بسبب عدم سداد أحد الديون (المادة ١١)، والحق فى عدم الخضوع لرجعية قانون العقوبات (المادة ١٥)، والحق فى الاعتراف بالشخصية القانونية (المادة ١٦)، وحرية الفكر والعقيدة والديانة. ويلاحظ أن هذه الحقوق تعتبر معيارًا دوليا للتوازن المطلوب بين حماية المصلحة العامة، وحماية الحقوق والحريات فى الظروف الاستثنائية. ويلاحظ أن تصديق مصر على العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية يجعله فى قوة القانون، مع مراعاة أن احترام قواعد هذا العهد يتم فى حدود الدستور. فالشرعية الدستورية بوصفها الأساس فى تحديد شكل التوازن المطلوب بين حماية المصلحة العامة وحماية الحقوق والحريات فى الظروف الاستثنائية، تحمى مختلف القيم التى نص عليها الدستور سواء تمثلت فى الحقوق والحريات، أو فى المصلحة العامة. وما أشار له العهد الدولى للحقوق المدنية والسياسية من حقوق لا

---

(١) الدستورية العليا فى ٣٠ يناير سنة ١٩٣ فى طلب التفسير رقم ١ لسنة ١٥ قضائية «تفسير».

(٢) Philippe Terneyre, op. cit., 200.

يجوز للتدابير الاستثنائية المساس بها ، أمر يجب وضعه موضع الاعتبار عند إجراء التوازن المطلوب مع حماية النظام العام .

وقد لوحظ أن التدابير الاستثنائية التى تتطلبها الظروف الاستثنائية تتميز بالخصائص الآتية :

(١) تقوية سلطات الشرطة أو منح بعض السلطات للقضاء العسكرى .

(٢) التقليل من بعض الحقوق والحريات التى يتم التمتع بها فى الظروف العادية .

(٣) الحد من نطاق الالتجاء إلى القضاء أوالتمتع بتعدد درجاته .

وقد لوحظ أن التدابير الاستثنائية فى غير حالة الحرب أو التهديد بها تستخدم لمواجهة التهديد الخطر للأمن الداخلى المتمثل فى الإرهاب ، والجرائم المنظمة الخطرة والاتجار فى المخدرات ، والمعاملات المالية غير المشروعة[١].

٣٠٤ـ نطاق ضمان أن الأصل فى المتهم البراءة

بينا فيما تقدم أن أصل البراءة ضمان دستورى مهم ، وأنه يترتب على هذه الضمانات نتائج معينة ، منها ما يتعلق بإثبات الإدانة . ونؤكد ابتداء أن أصل البراءة يمثل الحد الأدنى للشرعية الدستورية لا يجوز للقانون أن يفرط فيه أو يوقفه أو يحد من قيمته . فكما أكد مجلس الدولة المصرى أن تعطيل الحريات العامة التى كفلها الدستور هو فى ذاته أمر خطير ينجم عنه من النتائج ما يتعذر تداركه[٢].

ويلاحظ أن احترام حريات الغير بسبب ما يتهددها من خطر تحت تأثير الأسباب التى أدت إلى إعلان الظروف الاستثنائية هى التى تبرر وحدها وضع هذه القيود ، باعتبار أن الحرية الحقيقية هى التى لا تضر بحريات الغير. إلا أنه لا يجوز أن تمتد بعض هذه القيود مطلقا إلى وضع قرائن للإثبات ، تفترض الإدانة فى المتهم ، لما يترتب على هذا الافتراض من تدمير حقوق المتهم وجعله أسيراً للاتهام يواجه الأدلة بكل عجز. كما أن وضع هذه القرائن ليس وسيلة لحماية ما يتهدد البلاد من أخطار. وقد راعى ذلك القرار بقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ .

---

(١) Cherif Bassiouni, op. cit., p.115.

(٢) انظر على سبيل المثال محكمة القضاء الإدارى فى ١١ فبراير سنة ١٩٨٢ ، المحاماة ، المجلد ٧٤ رقم ٢٤ ص٨٦.

٣٠٥- نطاق ضمان القضاء هو الحارس الطبيعى فى الإجراءات الجنائية

تخضع شرعية الإجراءات التى تتم مباشرتها فى الظروف الاستثنائية لضمان القضاء. فالقضاء مهما كانت الظروف حصن الحريات وحاميها وحارسها، وإلا تحولت السلطة الاستثنائية إلى سلطة تحكمية. فالقرارات الإدارية الصادرة من الحكومة فى إطار حالة الطوارئ لا تكون بمنأى عن رقابة القضاء ولا تفلت أعمال الحكومة من المنازعات أمام القضاء.

فالقاضى - بوجه عام - يتحقق من شرعية الأعمال والإجراءات التى تتم مباشرتها تحت مظلة الظروف الاستثنائية. وبعبارة أخرى، فإن الظروف الاستثنائية لا تعطل ما نص عليه الدستور المصرى من أن سيادة القانون أساس الحكم للدولة (المادة ٦٤). فسيادة القانون أى المشروعية، تصبح كلاما بغير مضمون أو شعارًا عديم الفاعلية، ما لم يوجد قضاء يراقب المشروعية ويضع حدودها.

وقد تجلى هذا المعنى فى المادة ٧١ من الدستور التى نصت على أن (يبلغ كل من ... أو يعتقل بأسباب ... أو اعتقاله فورا، ويكون له حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذى ينظمه القانون، ويجب إعلانه على وجه السرعة بالتهم الموجهة إليه ...).

وقد مارس مجلس الدولة المصرى رقابته على قرارات رئيس الجمهورية التى يصدرها فى حالة الأزمة الوطنية طبقا للمادة ٧٤ من الدستور، وقضى بأنه إذا كانت القرارات المطعون فيها قد صدرت استنادًا إلى هذه المادة، فإن اتخاذ هذه القرارات منوط بتوافر خطر حال لا خطر زال أو خطر قد يحدث فى المستقبل، وكانت هى الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر فلا تتوا فر حالة الضرورة إذا كان يمكن لرفع هذا الخطر الالتجاء إلى القواعد القانونية المقررة للظروف العادية.

وقد عنيت المحكمة فى هذا الحكم إلى تأكيد ما استقر عليه قضاؤها من الضرورة كسبب للقرار الإدارى لا تقوم إلا بتوافر أركان ثلاثة هى:

١- أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن.

٢- أن يكون القرار الصادر هو الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر بالقواعد القانونية القائمة المقررة للظروف العادية.

٣ـ أن يكـون القرار لازما حتما فـلا يزيد على مـا تقضى به الضرورة، وهو مـا يعرف بـالتنـاسب. وهذه الأركـان جميعهـا تـرجع إلى أصلين مسلم بهما قـانونـا يقضيـان بأن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تقدر بقدرها(١).

وقد ذهـب المجلس الدستـورى الفرنسى فى نطاق المادة ١٦ مـن الدستور الفـرنسى (بشأن الأزمـة الـوطنية) إلى الاعتراض على قـرار رئيس الجمهـورية الـذى يتعـارض مع الهدف المرسوم له وهو اتخاذ وسائل تكفل للسلطات العامة الدستورية القيام بمهمتها، مثل القرار الصادر بتعـديل الدستور(٢)، أو الاعتياد على استخـدام سلطته الاستثنـائية المبينة فى المادة ١٦ من الدستور الفرنسى.

وبصـدد نظام الطـوارئ، أكـدت المحكمة الإداريـة العليا بتـاريخ ٢٣ مـايو سنـة ١٩٩٣ فى القضية رقم ٥١٥ لسنـة ٣٩ قضائيـة عليا، أن من حق كل الـدول أن تتخذ وفقا لدستورها ونظامها القانونى الإجـراءات اللازمة لحماية أمنها وأمن مواطنيها وسلامة مجتمعها من التعدى والعدوان على النظام العام القانونى والشرعى لها من الداخل أو من الخارج. و فى الحالات التى تقع وتحدث إضرابـا يخلق حـالة من الطـوارئ تبرر الخروج عن الأحكام القـانونية المطبقة والمعمول بها فى الظـروف الأمنية العادية وذلك مـع مراعاة الالتزام بـدلا عنها بالنظـام القانونى للطـوارئ فى الحدود المقررة للسلطات التى تـواجه الظروف الطارئة حماية لأمن الدولة وسلامتها.

هذا، وقـد أكد مجلس الـدولة أن نظام الطـوارئ ليس نظامـا مطلقا، بل هـو نظام خاضع لقـانون أرسى الدستـور أساسه وأبـان القانون أصـوله وأحكامـه ورسم حدوده

---

(١) ويراقب مجلس الدولة الفرنسى سلطة الإدارة الاستثنائية فى ضوء ثلاثة شروط هى:

(أ) وجود حالة استثنائية حقيقية.

(ب) أن تقدم الإدارة الـدليل على أنه كـان يستحيل عليها التصرف طبقـا لمبدأ الشرعيـة مثلا بسبب حـالة الطوارئ.

(جـ) أن يقدر القاضى أن الخطر كان مهما بحيث يبرر استبعاد مبدأ الشرعية.

(Heyriés, Le Juin 1918 et Dames dol et laurent le 28 Février 191%) (Ölivier Duhamelet Yues Mény, Dictionnaire constitutionnel, op. cit., p.790).

(٢) انظر:

Jean Gicquel, Les états de necessité; Droit constitutionnel et droits de l'homme, Rapports français, op. cit., p. 184.

وضوابطه فيجب أن يكون إجراؤه على مقتضى هذه الأصول والأحكام وفى نطاق الحدود والضوابط وإلا كان ما يتخذ من التدابير والإجراءات مجاوزا هذه الحدود، مخالفا للقانون، تنبسط عليه الرقابة القضائية إلغاءً وتعويضا. فكل نظام أرسى الدستور أساسه ووضع القانون قواعده هو نظام يخضع بطبيعته مهما يكن نظاما استثنائيا ـ لمبدأ سيادة القانون، ومن ثم لرقابة القضاء. وليس ثمة شك فى أن الاختصاصات المخولة للسلطة القائمة على إجراء حالة الطوارئ سندها هو القانون الذى عين نطاقها فلا سبيل لها إلى تجاوزه، وإذا كانت اختصاصات تلك السلطة من واقع القوانين المقررة لها وعلى غرار ما سلفها اختصاصات بالغة السعة، فإن ذلك أدعى إلى أن تنسحب عليها الرقابة القضائية حتى لا يتحول نظام هو فى حقيقته ومرماه نظام دستورى يقيده القانون إلى نظام مطلق لا عاصم له وليست له من حدود أو ضوابط؛ فرقابة القضاء هى دون غيرها الرقابة الفعالة التى تكفل للناس حقوقهم الطبيعية وتؤمن لهم حرياتهم العامة وتفرض للقانون سيادته ولكل نظام حدوده الدستورية المشروعة[1].

ومع ذلك، فقد استقر قضاء مجلس الدولة على أن إعلان حالة الطوارئ يعتبر من أعمال السيادة وتخرج عن رقابة القضاء.

وقد أكد قانون الطوارئ المصرى على الضمان القضائى فى الإجراءات الجنائية، على النحو الآتى:

(١) نصت المادة ٣ مكررا من هذا القانون والمعدلة بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ على أنه للمعتقل ولغيره من ذوى الشأن أن يتظلم من القبض أو الاعتقال إذا انقضى ثلاثون يوما من تاريخ صدوره دون أن يفرج عنه. ويكون التظلم بطلب يقدم بدون رسوم إلى محكمة أمن الدولة العليا المشكلة وفقا لأحكام قانون الطوارئ. وتفصل المحكمة فى التظلم بقرار مسبب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ التظلم، وذلك بعد سماع أقوال المقبوض عليه أو المعتقل وإلا تعين الإفراج عنه فورا. ولوزير الداخلية فى حالة صدور قرار بالإفراج أو فى حالة عدم الفصل فى التظلم فى الموعد المنصوص عليه فى الفقرة السابقة أن يطعن على قرار الإفراج خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدور القرار أو انقضاء الموعد المشار إليه. فإذا طعن وزير الداخلية على القرار أحيل الطعن

---

(١) المحكمة العليا فى ٦ مارس سنة ١٩٨٨، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا سنة ٣١ قضائية رقم ١٦٦ ص١٠٤٨.

إلى دائرة أخرى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديمه على أن يفصل فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإحالة وإلا وجب الإفراج عن المعتقل فورا ويكون قرار المحكمة فى هذه الحالة أوجب النفاذ. وفى جميع الأحوال يكون لمن رفض تظلمه الحق فى أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضى ثلاثون يوما من تاريخ رفض التظلم.

(٢) نصت المادة ٦/ ٢ من قانون الطوارئ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ على أنه يجوز القبض فى الحال على المخالفين للأوامر التى تصدر طبقا لأحكام هذا القانون والجرائم المحددة فى هذه الأوامر. ويكون للمقبوض عليه أن يتظلم من أمر الحبس لمحكمة أمن الدولة المختصة على أن يفصل فى تظلمه خلال ثلاثين يوما من تاريخ التظلم، وإلا تعين الإفراج عن المحبوس فورا.

وللمحكمة المختصة سواء عند نظر التظلم أو أثناء نظر الدعوى أن تصدر قرارا بالإفراج المؤقت عن المتهم ويكون قرار المحكمة نافذا ما لم يطعن عليه وزير الداخلية خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ صدوره وكانت التهمة المنسوبة إلى المتهم من جرائم أمن الدولة الداخلى أو الخارجى.

وإذا طعن وزير الداخلية على قرار الإفراج فى هذه الحالة أحيل الطعن إلى دائرة أخرى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديمه على أن يفصل فيه خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإحالة وإلا تعين الإفراج عن المتهم فورا، ويكون قرار المحكمة فى هذه الحالة واجب النفاذ. وفى جميع الأحوال يكون لمن رفض تظلمه أن يتقدم بتظلم جديد كلما انقضى ثلاثون يوما من تاريخ رفض التظلم.

(٣) نصت المادة الثانية من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ على أن تختص محكمة أمن الدولة العليا (طوارئ) دون غيرها بنظر جميع الطعون والتظلمات من الأوامر والقرارات المشار إليها بالمادة ٣ مكررا من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ (بشأن حالة الطوارئ).

وتحال إلى هذه المحكمة - بحالتها - جميع الدعاوى والطعون والتظلمات المشار إليها والمنظورة أمام أية جهة قضائية أو غير قضائية.

(٤) لم يجز قانون الطوارئ الطعن فى الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة (طوارئ) وأخضعها للتصديق من رئيس الجمهورية. وبذلك حال هذا القانون دون تعدد درجات التقاضى فى الظروف الاستثنائية.

٣٠٦ـ نطاق ضمانات المحاكمة المنصفة

وبالنسبة إلى ضمانات المحاكمة المنصفة، فقد تأثرت فى نطاق الحرية الشخصية وحق الدفاع. فقد نصت المادة العاشرة من القانون المصرى رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ فى شأن حالة الطوارئ والمعدل بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٨٦ وبالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ وبالقانون رقم ١٦٤ لسنة ١٩٨١ والقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ على أنه فيما عدا ما هو منصوص عليه من إجراءات وقواعد فى المواد التالية أو فى الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية تطبق أحكام القوانين المعمول بها على تحقيق القضايا التى تختص بالفصل فيها محاكم أمن الدولة و إجراءات نظرها والحكم فيها وتنفيذ العقوبات المقضى بها (المادة ١٠/ ١).

وإذا كانت ضمانات الحرية الشخصية وحق الدفاع بمقتضى هذا النص هى الأصل العام الواجب تطبيقه فى حالة الطوارئ عدا ما نص عليه القانون، فقد جاء قانون الطوارئ ببعض القيود على هذه الضمانات لمواجهة الخطر الجسيم الذى كان سببا فى إعلان حالة الطوارى[1].

---

(١) وقد تجلى ذلك فى عدة مجالات: أولها، توسعة اختصاص السلطة التنفيذية بمنحها حق اتخاذ تدابير ماسة بالحرية خروجا على اختصاص السلطة القضائية فى هذا الشأن، وسوف نبحث ذلك فى حينه. أما بشأن الإجراءات الجنائية، فنجد مظاهر الخروج على القواعد العامة فيما يلى:

١ـ عدم التقيد بالأحوال المنصوص عليها فى قانون الإجراءات الجنائية للقبض على المتهم، إذ يجوز القبض فى الحال على المخالفين للأوامر التى تصدر طبقا لأحكام قانون الطوارئ والجرائم المحددة فى هذه الأوامر (المادة ٦٢/ ١).

٢ـ إنشاء محاكم استثنائية فى حالة الطوارئ هى محكمة أمن الدولة الجزئية، ومحكمة أمن الدولة العليا فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التى يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه (المادة ٧/ ١).

٣ـ الترخيص بالعنصر العسكرى فى تشكيل المحكمة، إذ يجوز استثناء لرئيس الجمهورية أن يأمر بتشكيل دائرة أمن الدولة الجزئية من قاض واثنين من ضباط القوات المسلحة من رتبة نقيب أو ما يعادلها على الأقل وبتشكيل دائرة أمن الدولة العليا من ثلاثة مستشارين ومن ضابطين من الضباط القادة (المادة ٧/ ٤).

٤ـ يجوز لرئيس الجمهورية فى المناطق التى تخضع لنظام قضائى خاص أو بالنسبة لقضايا معينة أن يأمر بتشكيل دوائر أمن الدولة المنصوص عليها فى المادة السابقة من الضباط وتطبق المحاكم فى هذه الحالة الإجراءات التى ينص عليها رئيس الجمهورية فى أمر تشكيلها.

وتشكل دائرة أمن الدولة العليا فى هذه الحالة من ثلاثة من الضباط القادة، ويقوم أحد الضباط أو أحد أعضاء النيابة العامة بوظيفة النيابة العامة (المادة ٨). ==

كما وسع قانون الطوارئ سلطة النيابة العامة فى التحقيق فمنحها جميع السلطات المخولة لها ولقاضى التحقيق، وذلك فى الجرائم التى تختص بالفصل فيها محاكم أمن الدولة (المادة ١٠).

وخول قانون الطوارئ رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه سلطة إحالة جرائم القانون العام إلى محاكم أمن الدولة التى تنشأ أساسا للنظر فى الجرائم التى تقع بالمخالفة لأوامر رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه (المادة ١٠).

ولاشك أن تقدير متطلبات الضرورة فى هذا الشأن يتولاه القضاء بوصفه الحارس الطبيعى للحريات، فهو الذى يوازن بين المتناقضات التى قد تحدث فى ظروف معينة بين الحريات التى يحميها الدستور وبين بعض المبادئ ذات القيمة الدستورية (مثل التناقض بين الحرية الشخصية ومتطلبات المحافظة على الأمن الداخلى الذى أعلنت من أجله حالة الطوارئ). ولا يجوز أن يترتب على هذا التوازن التضحية بالحرية الشخصية لأنها تتمتع بالحماية الدستورية. وكل ما يسمح به للمشرع عند إقامة هذا التوازن هو المساس الضرورى بضماناتها من أجل التمكن من ممارسة حريات أخرى أو من أجل تطبيق مبادئ أخرى ينص عليها الدستور. فالمسألة تتعلق بقدر الضمانات المسموح بها فلا مناقشة فى مبدأ الحرية الشخصية فلا يجوز العصف به أو إهداره. وبالتالى لا يجوز أن تؤدى القيود إلى انتهاك أصل البراءة. وكما قال المجلس الدستورى الفرنسى، إن القيود لا يجوز أن تكون تحكمية أو مشوبة بالتعسف[1]. والقيود المسموح

= = ٥ـ يجوز لرئيس الجمهورية أو لمن يقوم مقامه أن يحيل إلى محاكم أمن الدولة الجرائم التى يعاقب عليها القانون العام (المادة ٩).

٦ـ لرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يحيل إلى القضاء العسكرى أيا من الجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات أو أى قانون آخر (المادة ٦ من قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والمعدلة بالقرار بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٠).

٧ـ يكون للنيابة العامة عند التحقيق، جميع السلطات المخولة له ولقاضى التحقيق ولغرفة الاتهام (المادة ٢/١٠ من قانو الطوارئ).

٨ـ لا تقبل الدعوى المدنية أمام محاكم أمن الدولة (المادة ١١).

وننبه إلى أن هذه القيود لا تمس ضمانات الدفاع عن المتهم التى تقوم عليها المحاكم القانونية (المنصفة)، وذلك باعتبار أن هذا المساس ليس لازما حتما لمواجهة الخطر الجسيم التى أعلنت حالة الطوارئ من أجل مواجهته.

(١) Déc. No. 132 Dc du 16 Janv. 1982, Grands décisions, No.35, p.516.

بها هى محض ترتيب للمبادئ الدستورية الواجبة الحماية ، وإعطاء الأولوية لبعضها على الأخرى .

ومن حيث التدابير التى تتخذها السلطة التنفيذية بناء على الظروف الاستثنائية ، فيجب أن تقدر عند اتخاذها حالة الضرورة دون تحكم أو تعسف . وفى هذا الشأن ، ذهب مجلس الدولة المصرى بشأن أحد القرارات التى اتخذت بناء على إعلان حالة الأزمة الوطنية كظرف استثنائى طبقا للمادة ٧٤ من الدستور المصرى (المقابلة للمادة ١٦ من الدستور الفرنسى) إلى أن اتخاذ هذه القرارات منوط بتوافر خطر حال لا خطر زال ، أو خطر قد يحدث فى المستقبل ، وبذلك ينتفى الركن الأول لقيام حالة الضرورة (وهو أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن) ، بالإضافة إلى أن هذه القرارات ليست الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر وكان يكفى لدفعها الالتجاء إلى القواعد القانونية المقررة للظروف العادية . ومنها على سبيل المثال ، أحكام قانون العقوبات الخاصة بحماية أمن الدولة والقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٢ بشأن حماية الوحدة الوطنية والقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى والقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن حماية القيم من العيب . هذا بالإضافة إلى سلطة رئيس الجمهورية فى إصدار قرارات لها قوة القانون بالشروط المقررة فى المادتين ١٠٨ و ١٤٧ من الدستور. وبذلك ينتفى الركن الثانى لقيام حالة الضرورة (أن يكون القرار الصادر هو الوسيلة الوحيدة لرفع هذا الخطر بالقواعد القانونية المقررة للظروف العادية)[١] .

---

(١) انظر محكمة القضاء الإدارى فى ١١ فبراير سنة ١٩٨٢ ، المحاماة (المجلد ٧٤) رقم ٢٤ ص ٨٦ .

للمـــؤلـف

أولا: الكتب

أ ـ باللغة العربية :

١ ـ نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية ، رسالة دكتوراه ، سنة ١٩٥٩ .

٢ ـ الجرائم الضريبية ، طبعة سنة ١٩٦٠ وطبعة منقحة سنة ١٩٩١ .

٣ ـ الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ، طبعة سنة ١٩٦٣ .

٤ ـ الاختبار القضائى ، طبعة سنة ١٩٦٣ (حصل على جائزة الدولة التشجيعية فى القانون الجنائى وعلم الإجرام عن عام ١٩٦٣) .

٥ ـ الوسيط فى شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، سنة ١٩٦٨ .

٦ ـ أصول قانون الإجراءات الجنائية ، سنة ١٩٦٨ .

٧ ـ الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ، سنة ١٩٧٠ .

٨ ـ السياسة الجنائية (فكرتها ، مذاهبها ، تخطيطها) ، سنة ١٩٧٠ .

٩ ـ أصول قانون العقوبات (القسم العام) ، النظرية العامة للجريمة . طبعة سنة ١٩٧٢ وسنة ١٩٧٣ .

١٠ ـ أصول السياسة الجنائية ، سنة ١٩٧٢ .

١١ ـ الشرعية والإجراءات الجنائية ، سنة ١٩٧٧ .

١٢ ـ الوسيط فى قانون العقوبات (القسم الخاص) ؛ طبعة سنة ١٩٧٩ ، وطبعة سنة ١٩٨٥ ، وطبعة سنة ١٩٩٠ .

١٣ـ الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٨٠ (٣ أجزاء):

الجزء الأول: الأحكام الأساسية للإجراءات الجنائية.

الجزء الثانى: إجراءات الخصومة الجنائية.

الجزء الثالث: النقض الجنائى.

١٤ـ الوسيط فى قانون العقوبات ـ القسم العام، طبعة سنة ١٩٨١ وطبعة سنة ١٩٨٥، ١٩٩٦.

١٥ـ الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية (المجلد الأول) سنة ١٩٨٢.

١٦ـ الوجيز فى قانون الإجراءات الجنائية سنة ١٩٨٤.

١٧ـ الحماية الجنائية للحياة الخاصة، سنة ١٩٨٦.

١٨ـ إستراتيجية تطوير التعليم، سنة ١٩٨٧.

١٩ـ تطوير التعليم فى مصر (سياسته، وإستراتيجيته، وخطة تنفيذه)، سنة ١٩٨٩.

٢٠ـ الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية، طبعة ١٩٩٣ وطبعة ١٩٩٥.

٢١ـ الدبلوماسية البرلمانية والتعاون الدولى سنة ١٩٩٧.

٢٢ـ النقض فى المواد الجنائية، طبعة ١٩٨٨، وطبعة مزيدة منقحة سنة ١٩٩٧.

٢٣ـ الحماية الدستورية للحقوق والحريات، طبعة ١٩٩٩.

ب ـ باللغة الإنجليزية:

- Towards reforme of education in Egypt, Cairo, 1990.

ثانيا : الأبحاث والمقالات العلمية:

أ ـ باللغة العربية :

١ ـ تعليق على قضاء لمحكمة النقض فى اختصاص المحامى العام . وفى جريمة النصب ، مجلة القانون والاقتصاد س ٢٩ (١٩٥٩) .

٢ ـ الغرامة الضريبية ، مجلة القانون والاقتصاد س ٣٠ (سنة ١٩٦٠) .

٣ ـ الحكم الجنائى المنعدم ، مجلة القانون والاقتصاد س ٣٠ (سنة ١٩٦٠) .

٤ ـ اتجاهات محكمة النقض فى تطبيق نظرية الضرورة على الإجراءات الجنائية ، المجلة الجنائية القومية س ٣ (١٩٦٠) .

٥ ـ إجماع الآراء عند الحكم بعقوبة الإعدام ، مجلة القانون والاقتصاد س ٣٢ (سنة ١٩٦٢) .

٦ ـ أثر التفتيش الباطل (مقارنة بين اتجاهات كل من القضاءين الأمريكى والمصرى) ، المجلة الجنائية القومية س ٥ (سنة ١٩٦٢) .

٧ ـ مستشار الإحالة ، المجلة الجنائية القومية س ٥ (سنة ١٩٦٢) .

٨ ـ التحريض على ارتكاب الجريمة كوسيلة لضبط الجناة ، المجلة الجنائية القومية س ٦ (سنة ١٩٦٣) .

٩ ـ مراقبة المكالمات التليفونية ، المجلة الجنائية القومية س ٦ (سنة ١٩٦٣) .

١٠ ـ نظرية الخطورة الإجرامية ، مجلة القانون والاقتصاد س ٣٤ (سنة ١٩٦٤) .

١١ ـ الواقعة الجديدة فى التماس إعادة النظر ، مجلة القانون والاقتصاد س ٣٨ (سنة ١٩٦٨) .

١٢ ـ المركز القانونى للنيابة العامة ، مجلة القضاة سنة ١٩٦٨ .

١٣ ـ نظرية الاختلاس فى التشريع المصرى ، مجلة إدارة قضايا الحكومة (١٩٦٩) .

١٤ ـ ضمانات الحرية الشخصية فى الخصومة الجنائية ، مجلة مصر المعاصرة (١٩٧٢) .

١٥ـ تداخل دراسة حقوق الإنسان ، بحث مقدم إلى ندوة اليونسكو حول حقوق الإنسان ، القاهرة ١٩٧٨ .

١٦ـ محكمة أمن الدولة ، مجلة القضاة ، سنة ١٩٨٣ .

١٧ـ المشكلات المعاصرة للسياسة الجنائية ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الخاص (بمناسبة العيد السنوى لكلية الحقوق) سنة ١٩٨٣ .

١٨ـ استقلال القضاء حق من حقوق الإنسان . دراسات فى حقوق الإنسان فى القانون المصرى والشريعة الإسلامية . سنة ١٩٨٣ .

١٩ـ السياسة الإجرائية وتبسيط إجراءات الخصومة الجنائية ، بحث مقدم لمؤتمر القضاة . إبريل سنة ١٩٨٦ .

٢٠ـ المبادئ الأساسية لقانون النقابات المهنية ، مجلة مجلس الشعب العدد الأول يناير سنة ١٩٩٢ .

٢١ـ نحو حماية قانونية للبيئة الطبيعية : خطة لحسن استخدام عناصر البيئة ، مجلة مجلس الشعب العدد الثانى أغسطس سنة ١٩٩٢ .

٢٢ـ دور مجلس الشعب فى تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية ، مجلة مجلس الشعب العدد الثالث نوفمبر سنة ١٩٩٢ .

٢٣ـ الدستور وثيقة تقدمية ، مجلة مجلس الشعب العدد الخامس يوليو سنة ١٩٩٣ .

٢٤ـ التشريع فى إطار مجتمع متغير ، مجلة مجلس الشعب العدد السابع فبراير سنة ١٩٩٤ .

٢٥ـ دور مصر فى منطقة البحر المتوسط ، محاضرة علمية ألقيت فى جامعة السربون (باريس ـ فرنسا) ، يوم الخميس ٢٤ مارس سنة ١٩٩٤ .

٢٦ـ مبدأ سيادة القانون ، مجلة مجلس الشعب العدد الثامن يونية سنة ١٩٩٤ .

٢٧ـ دور البرلمانيين فى معالجة مشاكل السكان والتنمية ، مجلة مجلس الشعب العدد التاسع سبتمبر سنة ١٩٩٤ .

٢٨ـ (الجريمة المنظمة) تقرير مقـدم إلى الندوة التحضيرية للمؤتمر الدولى السابع عشر لقانـون العقوبات (٩ نـوفمبر سنة ١٩٩٧) الذى أقامتـه الجمعية المصرية للقـانون الجنـائى، ملحق العـدد الـرابع عشر (الـدور الثـانى للفصل التشريعى) من نشرة مجلس الشعب سنة ١٩٩٧ .

٢٩ـ ملحـق العـدد الثـانى (الـدور الثالث للفصل التشريعـى السابع ديسمبر سنـة ١٩٩٧) من نشرة مجلس الشعب، محاضرة ألقيت فى جامعة حلوان سنة ١٩٩٧ .

٣٠ـ قاضى الإدارى والحقوق الأسـاسية من نشرة مجلس الشعب (الدور الثالث للفصل التشريعى السابع)، ١٩٩٧ .

٣١ـ الرقـابـة البرلمانية بين الضمان والفعـالية مـن نشرة مجلس الشعب (الدور الثـالث للفصل التشريعى السابع)، ١٩٩٧ .

٣٢ـ التقنين المدنى الجديـد تعبير عن حضارة مصر العربية، مطبـوعات الأمانة العـامة لمجلس الشعب (الدور الثالث من الفصل التشريعى السادس)، ١٩٩٨، محاضرة ألقيت بوزارة العدل .

٣٣ـ النظـام العـالمى الجديد فى مستهـل القرن الحادى والعشرين، ا لحلقـة رقم ٢ من العـدد الحادى عشر من نشرة مجلس الشعب (الـدور الثـالـث للفصل التشريعى السـابع سنـة ١٩٩٨). محاضرة ألقيت بمجلس الشعب فى نـدوة نظمتهـا الجمعيـة المصرية للقانونين المتصلين بالثقافة الفرنسية .

٣٤ـ المواجهة التشريعية لظاهرة الإرهاب على الصعيدين الوطنى والدولى سنة ١٩٩٨، ٢٣ من ذى الحجة سنـة ١٤١٨هـ، مطبوعـات مجلس الشعب، الفصل التشريعى السابع الدور الثـالث، إبريل سنة ١٩٩٨ . محاضرة ألقيت فى مؤتمر عقدتـه جامعة المنصورة .

٣٥ـ حول المحكمـة الجنائيـة الـدولية، ملحق رقم ١ من نشرة مجلس الشعب (الـدور الثالث للفصـل التشريعى السابع)، ١٩٩٨ . محاضرة ألقيت فى مـؤتمر نظمته وزارة العدل .

٣٦ـ حـول الرقـابة الـدستوريـة على القوانين، ملحق رقـم ٣ من العـدد الأول من نشرة

مجلس الشعب (الدور الرابع للفصل التشريعى السابع)، ١٩٩٨ . محاضرة ألقيت فى مؤتمر الأمناء العامين العرب بمجلس الشعب .

٣٧ـ اتفاقيات منظمة التجارة العالمية وآثارها على اقتصاديات العالم العربى ، والوسائل السلمية لحسم المنازعات الناشئة عنها، الملحق رقم (٢) من نشرة مجلس الشعب ، ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٩٨ . محاضرة ألقيت فى مؤتمر نظمته مركز التحكيم العربى فى شرم الشيخ .

٣٨ ــ الدور السياسى لمجلس الشعب ، محاضرة ألقيت بجامعة حلوان فى ١٠ يناير ١٩٩٩ ، نشرت بملحق العدد الخامس من نشرة مجلس الشعب فى ٢٥ يناير ١٩٩٩ .

٣٩ ـ السلام فى المتوسط ـ العدد السادس من نشرة مجلس الشعب (ملحق رقم ١) فى ٧ و ٨ مارس سنة ١٩٩٩ .

٤٠ ــ مستقبل الدراسات القانونية فى الجامعات المصرية ، محاضرة ألقيت فى المؤتمر العلمى السنوى الرابع بكلية الحقوق ـ جامعة المنصورة ، نشرت بملحق العدد العاشر من نشرة مجلس الشعب فى ٢ من إبريل ١٩٩٩ .

٣٩ ـ النموذج السياسى لمجلس الشعب ـ العدد الرابع عشر من نشرة مجلس الشعب (ملحق رقم ١) فى ٢٤ مايو سنة ١٩٩٩ .

٤٢ ــ رؤى جامعة المستقبل ، العدد الرابع عشر (ملحق) من نشرة مجلس الشعب فى ٢٤ مايو سنة ١٩٩٩ .

٣٩ ـ القانون الدولى الإنسانى والرقابة على الأسلحة ـ نشرة مجلس الشعب ٢٣ يونية سنة ١٩٩٩ .

٣٩ ـ العولمة فى الجريمة المنظمة ـ نشرة مجلس الشعب فى ٨ سبتمبر سنة ١٩٩٩ .

ب ـ باللغة الفرنسية :

1- Le statut et le pouvoir discrétionnaire du Ministère public.
Revue Internationale de droit pénal, Paris, 35e année (1963).

2- La réforme du droit pénal en 1962.
Annuaire de législation française et étrangère, Paris. 1964.

3- Fondaments et caractères juridiques de la probation.
Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1966.

4- A Propos de l'application de la loi pénale dans le temps.
Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1966.

5- Les tendances nouvelles du nouveau project du code de procédure pénale de la R. A. U.
(conférence donnée le 21 Avril 1976, centre de droit comparé, Paris, 1967).

6- Légalité et pocédure pénale, Revue Internationale de droit pénal, Paris, 1979.

7- Les tendence de la politique criminelle en pays Arabes, Archives de la politique criminelle, V.5.

8- l'instruction publique en pays Arabes, Revue Internationale de droit pénal, Paris, 1984.

9- Stratégie pour la réforme de l'Education, perspectives, Revue trimestrielle d'éducation comparée, No. 104, p.693.

(جـ) باللغة الإنجليزية:

1- Double jeopardy compared with Non Bis in Idem
(الخطر المزدوج وحجية الأحكام)، مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٦٢، ومجلة القانون والاقتصاد س ٣٢ (١٩٦٢).

2- Appeal by the proseuction.
(الاستئناف المرفوع من سلطة الاتهام)، مجلة القانون والاقتصاد س ٣٢ (سنة ١٩٦٢).

الجوائز العلمية:

جائزة الدولة التشجيعية فى القانون الجنائى (١٩٦٣).

جائزة الدولة التقديرية فى العلوم الاجتماعية (١٩٩٣).

أهم المسئوليات التى اضطلع بها فى مصر:

١ـ رئيس مجلس الشعب (١٩٩٠ـ حتى الآن).
٢ـ وزير التعليم (١٩٨٦ ـ ١٩٩٠).
٣ـ نائب رئيس جامعة القاهرة (١٩٨٥ ـ ١٩٨٦).
٤ـ عميد كلية الحقوق بجامعة القاهرة (١٩٨٣ ـ ١٩٨٥).
٥ ـ رئيس قسم القانون الجنائى بجامعة القاهرة (١٩٧٨ ـ ١٩٨٣).
٦ ـ عضو هيئة التدريس إلى أستاذ القانون الجنائى بكلية حقوق القاهرة (١٩٥٩ وحتى الآن).
٧ ـ وكيل النائب العام (١٩٥٣ ـ ١٩٥٩).
٨ ـ رئيس الجمعية المصرية للقانون الجنائى (١٩٨٩ حتى الآن).
٩ ـ ملحق ومستشار ثقافى لمصر لدى سويسرا وفرنسا (١٩٦٤ ـ ١٩٦٧).

أهم المسئوليات الدولية التى اضطلع بها:

١ـ رئيس الاتحاد البرلمانى العربى (١٩٩٨ حتى الآن).
٢ـ رئيس الاتحاد البرلمانى الدولى (١٩٩٤ ـ ١٩٩٧).
٣ـ رئيس الاتحاد البرلمانى الإفريقى (١٩٩٢).
٤ـ رئيس مجلس إدارة المعهد الدولى للقانون للدول الفرانكفونية (١٩٩٨ حتى الآن).
٥ـ نائب رئيس الجمعية الدولية للقانون الجنائى (١٩٨٤ حتى الآن).
٦ـ نائب رئيس المجلس التنفيذى لليونسكو (١٩٨٩ ـ ١٩٩٣).
٧ـ نائب رئيس المجلس الدولى للتربية بجنيف (١٩٨٨ ـ ١٩٩٠).
٨ ـ المندوب الدائم لجامعة الدول العربية وللمنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، لدى اليونسكو (١٩٧٢ ـ ١٩٧٨) .

فهرس أبجدى عام(*)

(أ)

(*) الأرقام الواردة بالفهرس تشير إلى أرقام البنود داخل الكتاب.

(ب)

(ت)

(ث)

(ج)

(ق)

(ك)

(ل)

(م)

(و)

(ى)

المحتويـــات

البنـــد | صفحة

الباب الثانى

الباب الثالث

القسم الثانى
الرقابة على احترام الشرعية الدستورية
كضمان للحقوق والحريات ١٣٩

الباب الرابع

الجزء الثانى

القانون الدستورى الجنائى

باب تمهيدى

الشريعة الدستورية فى قانونى العقوبات والإجراءات الجنائية

الباب الثانى

اليقين القانونى الجنائى ٤٣٥

القسم الثانى
الضمانات الدستورية للحقوق والحريات
فى قانون الإجراءات الجنائية ٥٨٩

الباب الأول
الأصل فى المتهم البراءة ٥٩١

الباب الرابع
الضمانات الدستورية للإجراءات الجنائية
في الظروف الاستثنائية ٨٠٣

رقم الإيداع ٩٩/١٦٢١٨

الترقيم الدولى 3 - 0593 - 09 - 977

مطابع الشروق

القاهرة :٨ شارع سيبويه المصرى ـ ت:٤٠٢٣٣٩٩ ـ فاكس:٤٠٣٧٥٦٧ (٠٢)

بيروت : ص.ب: ٨٠٦٤ـ هاتف : ٣١٥٨٥٩ـ٨١٧٢١٣ـ فاكس : ٨١٧٧٦٥ (٠١)

